

Les Cahiers de droit

L'Accord général sur le commerce des services (AGCS) : règles propres à des secteurs particuliers

Éric H. Leroux



Volume 43, numéro 3, 2002

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043718ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043718ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Leroux, É. H. (2002). *L'Accord général sur le commerce des services (AGCS) : règles propres à des secteurs particuliers*. *Les Cahiers de droit*, 43(3), 379–431. <https://doi.org/10.7202/043718ar>

Résumé de l'article

L'Accord général sur le commerce des services (AGCS), qui est entré en vigueur le 1er janvier 1995 et est administré par l'Organisation mondiale du commerce (OMC), est le premier accord multilatéral sur le commerce des services. Il a mis en place un ensemble de règles normatives s'appliquant en principe à tous les secteurs de services. Il comporte également des régimes complémentaires et particuliers au regard des secteurs suivants : services financiers ; télécommunications ; transport aérien ; mouvement des personnes physiques. Ces régimes plus particuliers se sont avérés nécessaires en raison de la complexité et des particularités afférentes à ces secteurs. Le présent article offre une analyse approfondie et détaillée des règles particulières s'appliquant à ces secteurs. Bien que nombreuses et fort significatives, notamment en ce qui a trait au secteur des services financiers et au secteur des télécommunications, et contrairement aux règles générales de l'AGCS, elles ont jusqu'à présent fait l'objet de peu d'analyse de fond. Une présentation des éléments de contexte pertinents permettant de comprendre la spécificité de ces secteurs et les raisons pour lesquelles des régimes particuliers ont été négociés accompagne l'analyse juridique. En conclusion, d'autres secteurs où des problématiques particulières surgissent et relativement auxquels, dans le contexte du nouveau cycle de négociations sur les services débuté en 2000, la négociation de règles particulières et plus spécifiques pourrait s'avérer nécessaire ou utile sont mis en évidence.

L'Accord général sur le commerce des services (AGCS) : règles propres à des secteurs particuliers*

Éric H. LEROUX**

L'Accord général sur le commerce des services (AGCS), qui est entré en vigueur le 1er janvier 1995 et est administré par l'Organisation mondiale du commerce (OMC), est le premier accord multilatéral sur le commerce des services. Il a mis en place un ensemble de règles normatives s'appliquant en principe à tous les secteurs de services. Il comporte également des régimes complémentaires et particuliers au regard des secteurs suivants : services financiers ; télécommunications ; transport aérien ; mouvement des personnes physiques. Ces régimes plus particuliers se sont avérés nécessaires en raison de la complexité et des particularités afférentes à ces secteurs. Le présent article offre une analyse approfondie et détaillée des règles particulières s'appliquant à ces secteurs. Bien que nombreuses et fort significatives, notamment en ce qui a trait au secteur des services financiers et au secteur des télécommunications, et

* L'auteur tient à remercier Valerie Hughes, Denyse MacKenzie, Gilles Gauthier et Terry Winsor pour des commentaires émis dans le cadre d'une ébauche précédente de ce texte. Les opinions exprimées dans celui-ci ne représentent toutefois que les opinions personnelles de l'auteur. Ces dernières ne reflètent pas nécessairement les opinions du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international du Canada ou autrement du gouvernement canadien et ne doivent pas être attribuées à ceux-ci. Adresse électronique : Eric.H.Leroux@fait-maeci.gc.ca.

** Conseiller juridique, Direction du droit commercial international, ministère des Affaires étrangères et du Commerce international du Canada.

contrairement aux règles générales de l'AGCS, elles ont jusqu'à présent fait l'objet de peu d'analyse de fond. Une présentation des éléments de contexte pertinents permettant de comprendre la spécificité de ces secteurs et les raisons pour lesquelles des régimes particuliers ont été négociés accompagne l'analyse juridique. En conclusion, d'autres secteurs où des problématiques particulières surgissent et relativement auxquels, dans le contexte du nouveau cycle de négociations sur les services débuté en 2000, la négociation de règles particulières et plus spécifiques pourrait s'avérer nécessaire ou utile sont mis en évidence.

The General Agreement on Trade in Services (GATS), which came into force on January 1, 1995 and is under the administration of the World Trade Organization (WTO), is the first multilateral agreement on trade in services. In it has been implemented a framework of basic obligations that apply in principle to all service sectors. It also includes in complementary annexes various specific commitments with regard to the following sectors: financial services, telecommunications, air-transport services and the movement of natural persons. These more specific commitments proved necessary owing to the complexity and particularities found in these sectors. This paper offers an in-depth and detailed analysis of the specific rules applying to these sectors. While numerous and quite significant—especially in the financial services and telecommunications sectors—and contrary to the general rules under GATS, until now they have been the subject of few in-depth analyses. The legal analysis is accompanied with a presentation of the relative contextual environment that sheds light on the particular nature of these sectors and the reasons why such specific commitments were negotiated. In concluding, further emphasis is put upon other sectors where specific issues arise and for which—within the context of the new round of negotiations on services begun in the year 2000 - the negotiation of special and more specific rules could prove to be necessary or useful.

1.2	L'entente de 1997 et l'intégration permanente des services financiers au sein de l'AGCS	385
1.3	Les règles régissant le commerce des services financiers	386
1.3.1	Les règles générales de l'AGCS	386
1.3.2	L'Annexe sur les services financiers	386
1.3.2.1	La portée et le champ d'application de l'Annexe	387
1.3.2.2	Les normes	390
1.3.3	Le Mémoire d'accord sur les engagements relatifs aux services financiers	394
1.3.3.1	L'obligation de <i>statu quo</i>	396
1.3.3.2	L'accès au marché	396
1.3.3.3	Le traitement national	405
2	Les télécommunications	407
2.1	L'entrée en vigueur de l'AGCS et les services de télécommunications à valeur ajoutée	407
2.2	L'entente de 1997 sur les services de télécommunications de base	408
2.3	Les règles régissant le commerce des services de télécommunications	409
2.3.1	Les règles générales de l'AGCS	409
2.3.2	L'Annexe sur les télécommunications	409
2.3.2.1	La portée et le champ d'application de l'Annexe	410
2.3.2.2	Les disciplines de l'Annexe	411
2.3.3	Le Document de référence	413
2.3.3.1	Les sauvegardes en matière de concurrence	415
2.3.3.2	L'interconnexion	416
2.3.3.3	Le service universel et les ressources limitées	417
2.3.3.4	Les licences	418
2.3.3.5	L'indépendance des organismes de réglementation	419
3	Le transport aérien	419
3.1	La Convention de Chicago de 1944 et le développement d'un système fondé sur le bilatéralisme	419
3.2	La couverture partielle du secteur du transport aérien au sein de l'AGCS : l'Annexe sur les services de transport aérien	421
4	Le mouvement des personnes physiques	425
4.1	Les engagements limités en matière de mouvement des personnes physiques	425
4.2	Les règles régissant le mouvement des personnes physiques	426
4.2.1	Les règles générales de l'AGCS	426
4.2.2	L'Annexe sur le mouvement des personnes physiques fournissant des services relevant de l'Accord	426
	Conclusion	428

L'Accord général sur le commerce des services (AGCS) est un des accords conclus dans le cadre du Cycle d'Uruguay et administrés par l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995 et s'applique au commerce des services en général¹. Il contient les règles et normes juridiques communes à tous les secteurs de services. Ainsi, il comprend des dispositions se rapportant tout particulièrement au traitement de la nation la plus favorisée (NPF), à la transparence, à la réglementation intérieure, à la reconnaissance de la qualification acquise à l'étranger, aux monopoles et fournisseurs exclusifs de services, aux paiements et transferts, aux restrictions relatives à la balance des paiements, à l'accès au marché, au traitement national, à des exceptions générales et au règlement de différends². Certaines obligations, telle celle qui est relative au traitement NPF, s'appliquent *a priori* à l'égard de tous les services couverts par l'AGCS, alors que d'autres, en l'occurrence celles qui concernent l'accès au marché et le traitement national, ne s'appliquent que dans la mesure des engagements spécifiques pris par un pays membre de l'OMC (Membre) et inscrits dans sa Liste d'engagements spécifiques (Liste) annexée à l'AGCS. En effet, un Membre n'ayant pas inscrit dans sa Liste un secteur de services particulier, par exemple celui des services financiers, ne sera pas sujet aux obligations contenues aux articles XVI (accès au marché) et XVII (traitement national) de l'AGCS quant à ce secteur.

Les règles générales de l'AGCS se sont toutefois révélées incomplètes ou non entièrement satisfaisantes en ce qui concerne certains secteurs. En effet, des secteurs présentent des problématiques et des caractéristiques tout à fait particulières dont il doit être tenu compte. Par exemple, la réglementation dans le secteur des services financiers se distingue considérablement de la réglementation dans le secteur des services touristiques. Le caractère prudentiel d'une grande partie de la réglementation dans le secteur financier, caractéristique qui est propre à ce secteur, doit être reconnu, à défaut de quoi une entente dans ce secteur serait impossible. De même, le secteur des télécommunications présente un caractère unique en ce qu'il occupe un rôle central toujours croissant concernant la fourniture de tous les types de services. Une telle particularité doit être prise en considération lorsqu'il est question de la libéralisation des échanges dans d'autres secteurs de services.

Le présent article offre une analyse juridique détaillée et globale des règles particulières qui, dans un certain nombre de secteurs de services,

-
1. *Accord général sur le commerce des services*, Organisation mondiale sur le commerce, 1995, art. I:1; selon l'article I:3(b), « services » comprend tous les services de tous les secteurs, à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental.
 2. *Id.*, art. II, III, VI, VII, VIII, XI, XII, XVI, XVII, XIV et XXIII.

sont venues s'ajouter aux règles générales de l'AGCS auxquelles nous avons fait référence plus haut. Bien que ces règles particulières occupent une place importante au sein du régime de l'AGCS, notamment en raison de l'importance des secteurs visés, elles ont jusqu'à présent fait l'objet de peu d'analyse de fond. En ce qui concerne les règles générales de l'AGCS qui, elles, ont déjà été analysées par de nombreux auteurs, nous référerons simplement le lecteur à l'article de Weiss³. Les secteurs de services où l'on retrouve des règles particulières sont les suivants : services financiers ; télécommunications ; transport aérien ; mouvement des personnes physiques. De façon générale, ces règles particulières complètent ou modifient les dispositions générales de l'AGCS et répondent à des besoins ou problématiques propres au secteur visé. Dans le présent article, nous aborderons successivement chacun de ces secteurs en présentant tout d'abord les éléments de contexte pertinents, pour ensuite procéder à l'analyse des différentes normes juridiques applicables. En conclusion, nous tenterons de mettre en évidence d'autres secteurs où des problématiques particulières surgissent et au regard desquels, dans le contexte notamment du nouveau cycle de négociations sur les services débuté en 2000, la négociation de règles particulières pourrait s'avérer nécessaire ou utile.

1 Les services financiers

1.1 L'entrée en vigueur de l'AGCS et l'entente intérimaire de 1995

L'AGCS couvre *a priori* tous les types de services, dont les services financiers. L'ouverture effective des marchés nationaux dépend toutefois largement d'engagements spécifiques pris par chaque Membre, lesquels se retrouvent dans la Liste de chaque Membre annexée à l'AGCS⁴. Or, les négociations portant sur les engagements particuliers dans le domaine des services financiers ne purent être terminées à temps pour faire partie des

3. F. WEISS, « The General Agreement on Trade in Services 1994 », (1995) 32 *Comm. Market L. Rev.* 1177-1225. Voir aussi M.E. FOOTER, « The International Regulation of Trade in Services Following Completion of the Uruguay Round », (1995) 29 *Int'l Lawyer* 453-481.

4. Cf. *Accord général sur le commerce des services*, art. XX ; comme cela a été mentionné précédemment, les obligations de l'AGCS relatives à l'accès au marché (article XVI) et au traitement national (article XVII) ne s'appliquent au regard d'un secteur de services particulier que dans la mesure où un Membre a, dans sa Liste, pris des engagements spécifiques à l'égard de ce secteur. Par exemple, un Membre doit avoir inscrit dans sa Liste le secteur des services financiers pour être sujet à quelque obligation que ce soit se rapportant à l'accès au marché et/ou au traitement national. Un Membre peut toutefois avoir inscrit des « réserves », c'est-à-dire des exceptions pour maintenir des mesures non conformes, à l'égard d'un secteur inscrit dans sa Liste.

résultats finals du Cycle d'Uruguay, lesquels furent mis en vigueur le 1^{er} janvier 1995. Il fut donc convenu de prévoir une période de négociations additionnelle devant s'étendre sur une période de six mois suivant l'entrée en vigueur de l'AGCS, c'est-à-dire se terminant à la fin du mois de juin 1995⁵. Ce délai fut par la suite prolongé d'un mois⁶.

Le 28 juillet 1995, un accord était finalement conclu mais sans la participation des États-Unis qui avaient décidé de retirer leur offre d'engagements spécifiques⁷. Les États-Unis considéraient en effet qu'un certain nombre de pays en émergence, tout particulièrement d'Asie et d'Amérique latine, n'offraient pas un accès satisfaisant à leur marché financier⁸, cela créant à leurs yeux une situation de *free rider* jugée inacceptable⁹. En l'absence d'un niveau d'engagements jugé suffisant de la part de ces pays, les États-Unis décidèrent donc de ne maintenir que le *statu quo* et de se soustraire à l'obligation de traitement NPF au regard du secteur des services financiers¹⁰. Les Européens considéraient toutefois que, plutôt que de conclure à l'échec, ce qui se serait traduit par le retrait des offres d'engagements de chaque Membre, il valait mieux intégrer à l'AGCS les résultats alors atteints, fixant ainsi un seuil d'engagements eu égard aux prochaines négociations dans ce secteur. C'est donc sous l'impulsion des Européens qu'une entente fut conclue au mois de juillet 1995.

Considérant notamment la position de retrait des États-Unis, il fut décidé que cette entente ne serait qu'intérimaire. Ainsi, les Membres ayant pris des engagements avaient la faculté de modifier ou de retirer leurs enga-

5. SECRÉTARIAT DU GATT, « Décision sur les services financiers », dans SECRÉTARIAT DU GATT, *Résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay: textes juridiques*, Genève, Secrétariat du GATT, 1994, p. 483. Voir aussi: SECRÉTARIAT DU GATT, « Seconde annexe relative aux services financiers », dans SECRÉTARIAT DU GATT, *op. cit.*, p. 378.

6. *Décision sur l'application de la Seconde annexe sur les services financiers*, S/L/6, 4 juillet 1995.

7. Voir W. DOBSON et P. JACQUET, *Financial Services Liberalization in the WTO*, Washington, D.C., Institute for International Economics, 1998, p. 80 et suiv.; É. LEROUX, *Le libre-échange nord-américain et les services financiers*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 2.

8. Par exemple, certains pays offraient moins que le *statu quo*.

9. Le problème du *free rider* se réfère au fait que, grâce à l'obligation de traitement NPF contenue dans l'article II de l'AGCS, un Membre dont le marché demeure considérablement fermé aux fournisseurs de services des autres Membres peut néanmoins bénéficier des concessions faites par ceux-ci, donc d'un accès parfois considérable au marché de ces derniers. En d'autres termes, il s'agit d'une situation où un Membre bénéficie de concessions parfois considérables sans avoir lui-même fait de concessions significatives.

10. Voir É. LEROUX, *op. cit.*, note 7, p. 2-3; le maintien du *statu quo* signifie que les activités existantes des institutions financières étrangères aux États-Unis n'étaient pas affectées.

gements pendant une période de 60 jours commençant le 1^{er} novembre 1997, le début d'une nouvelle période de négociations dans le secteur des services financiers étant prévu pour cette date¹¹. Le 28 juillet 1995, il n'était donc toujours pas possible de parler de l'intégration effective du secteur des services financiers au sein de l'AGCS.

1.2 L'entente de 1997 et l'intégration permanente des services financiers au sein de l'AGCS

Les négociations pour en arriver à un accord « permanent », incluant tout particulièrement les États-Unis, reprirent le 10 avril 1997, avec cette fois un apport plus grand de la part du secteur privé grâce au Financial Leaders Group, une organisation constituée pour les fins de ces négociations et regroupant tout particulièrement des institutions financières américaines et européennes¹². Un accord fut conclu tôt dans la journée du 13 décembre 1997, à la suite du dépôt de nouvelles offres d'engagements spécifiques par 70 Membres¹³. Ces engagements spécifiques sont annexés au *Cinquième Protocole annexé à l'Accord général sur le commerce des services*, lequel est entré en vigueur le 1^{er} mars 1999¹⁴.

-
11. É. LEROUX, *op. cit.*, note 7, p. 2 ; *Deuxième décision sur les services financiers*, S/L/9, 24 juillet 1995. Il est important de noter qu'un Membre pouvait tant modifier ou retirer ses engagements spécifiques que modifier sa liste d'exemptions NPF figurant dans l'« Annexe relative aux exemptions des obligations énoncées à l'article II », par exemple en inscrivant de nouvelles exemptions NPF ; les engagements spécifiques pris en vertu de cette entente intérimaire furent annexés au *Deuxième Protocole annexé à l'Accord général sur le commerce des services*, S/L/11, 24 juillet 1995 ; les engagements de la plupart des pays ayant adhéré à cette entente prirent effet le 1^{er} septembre 1996.
 12. P. MORRISON, « WTO Agreement Liberalizes Financial Services Market », (1998) *IFLR* p. 53-54 ; le Financial Leaders Group conseilla notamment les gouvernements américains et européens sur les objectifs à atteindre et la valeur des offres soumises, et il s'adonna à des activités de lobbying auprès de gouvernements étrangers ; des institutions canadiennes furent également actives au sein de ce groupe.
 13. WORLD TRADE ORGANIZATION, *The Results of the Financial Services Negotiations Under the General Agreement on Trade in Services (GATS)*, Genève, WTO, avril 1998 ; la période de négociations, dont l'échéance initiale était prévue pour la fin du mois de décembre 1997, fut raccourcie en ce qu'il fut décidé que la date ultime pour en arriver à un accord serait le 12 décembre 1997 : *Décision sur les négociations sur les services financiers*, S/L/39, 4 juin 1997 ; l'accord fut conclu aux petites heures du matin le 13 décembre 1997.
 14. *Cinquième Protocole annexé à l'Accord général sur le commerce des services*, S/L/45, 3 décembre 1997 ; *Communication des Membres qui ont accepté le Cinquième Protocole annexé à l'Accord général sur le commerce des services*, S/L/67, 15 février 1999. Il fut prévu que les Membres qui n'avaient toujours pas accepté, en date du 30 janvier 1999, le Cinquième Protocole auraient jusqu'au 15 juin 1999 pour s'exécuter : *Décision sur l'acceptation du Cinquième Protocole annexé à l'Accord général sur le commerce des services*, S/L/68, 15 février 1999.

Les résultats de cette entente sont considérés comme étant somme toute modestes, les engagements spécifiques ne reflétant généralement rien de plus que le *statu quo*¹⁵. Il ne s'agit cependant là que d'un début, ce secteur faisant partie du nouveau cycle de négociations ayant débuté en 2000¹⁶. En outre, et c'est là l'élément le plus important de cette entente, elle a pour effet d'assujettir désormais le commerce des services financiers à un ensemble de règles visant notamment à éliminer les pratiques protectionnistes et discriminatoires des États, lesquelles sont souvent fort nombreuses.

1.3 Les règles régissant le commerce des services financiers

1.3.1 Les règles générales de l'AGCS

De façon générale, le commerce des services financiers est assujéti aux normes et disciplines contenues dans l'AGCS. Ainsi, les dispositions de l'AGCS relatives, entre autres, au traitement NPF, à la transparence, à la réglementation intérieure, aux paiements et transferts, à l'accès au marché, au traitement national et au règlement des différends s'appliquent au regard du commerce des services financiers entre les Membres de l'OMC¹⁷. Ces dispositions sont toutefois complétées, voire modifiées, par les dispositions d'autres instruments juridiques. Le premier de ces instruments est l'*Annexe sur les services financiers*. Le second est le *Mémorandum d'accord sur les engagements relatifs aux services financiers*.

1.3.2 L'Annexe sur les services financiers

L'*Annexe sur les services financiers* (ci-après dans la section 1 « Annexe ») est un instrument juridique faisant partie intégrante de l'AGCS¹⁸. Elle contient essentiellement deux types de dispositions, l'un se rapportant à la portée et au champ d'application de l'AGCS en ce qui a trait au

15. P. MORRISON, *loc. cit.*, note 12, 55. Voir aussi R. Kampf, « Financial Services in the WTO: Third Time Lucky », (1998) 3 *ITLR* 111-123.

16. Cf. *Accord général sur le commerce des services*, art. XIX ; concernant les bénéfices de la libéralisation des échanges dans le secteur des services financiers, voir M. KONO et autres, *Opening Markets in Financial Services and the Role of GATS*, Genève, WTO, 1997, p. 17-22.

17. *Accord général sur le commerce des services*, art. II, III, VI, XI, XVI, XVII, XXII et XXIII ; voir *supra*, notes 2 et 3.

18. *Accord général sur le commerce des services*, art. XXIX.

commerce des services financiers, et l'autre se rapportant à des règles de nature plutôt normative. Nous examinerons successivement ces deux types de dispositions.

1.3.2.1 La portée et le champ d'application de l'Annexe

L'Annexe s'applique aux « mesures qui affectent la fourniture des services financiers¹⁹ ». L'emploi du terme « affectent » dénote l'intention de lui donner une large portée²⁰. Le concept de « fourniture de services financiers » se réfère aux quatre modes de fourniture de services précisés à l'article II:2 de l'AGCS, soit la fourniture d'un service *a*) en provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire de tout autre Membre *b*) sur le territoire d'un Membre à l'intention d'un consommateur de services de tout autre Membre, *c*) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre, *d*) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à la présence de personnes physiques d'un Membre sur le territoire de tout autre Membre. Quant au concept de « services financiers », il est défini de façon large mais non exhaustive au paragraphe 5(a) de l'Annexe. Essentiellement, un service financier est un service de caractère financier offert par un fournisseur de services financiers d'un Membre. Cela comprend, d'une part, tous les services d'assurance et services connexes, par exemple l'assurance directe sur la vie ou pour les accidents, l'intermédiation en assurance et les services actuariels ou d'évaluation des risques, et, d'autre part, tous les services bancaires et autres services financiers, excluant l'assurance, par exemple les services de dépôts, de prêts, de crédit-bail, de courtage en valeurs mobilières et de gestion d'actifs.

Le concept de « fournisseur de services financiers », auquel la définition de « services financiers » se réfère et qui est important dans le contexte de l'application de différentes obligations telles que l'obligation de traitement NPF et l'obligation de traitement national, est également défini de façon large. Aux termes de l'Annexe, un fournisseur de services financiers est toute personne physique ou morale d'un Membre qui souhaite

19. Annexe, par. 1(a); pour la définition du terme « mesure », voir l'article XXVIII(a) de l'AGCS; pour la définition de « mesures des Membres », voir l'article I:3(a) de l'AGCS.

20. Voir Rapport de l'ORGANE D'APPEL, *Rapport. Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS/27/AB/R, 9 septembre 1997, par. 220, où le terme « affectent » à l'article I:1 de l'AGCS a été interprété comme donnant une large portée à cette disposition. Le paragraphe 1(a) de l'Annexe est formulé en des termes similaires à ceux de l'article I:1 de l'AGCS.

fournir ou qui fournit des services financiers, à l'exclusion d'une entité publique²¹. Notons que, contrairement au concept de fournisseur de services de l'AGCS, le concept de fournisseur de services financiers inclut non seulement une personne qui fournit un service, mais également une personne qui « souhaite » fournir un service. Ainsi, pour être un fournisseur de services financiers aux termes de l'AGCS, par exemple aux fins de l'application de l'obligation de traitement NPF, une personne d'un Membre n'a, en principe, pas à être déjà engagée dans la fourniture de services financiers sur le territoire de ce Membre.

Nous avons vu cependant que le concept de fournisseurs de services financiers ne comprend pas une « entité publique ». Cette dernière s'entend tout d'abord de pouvoirs publics, d'une banque centrale ou d'une autorité monétaire d'un Membre, ou d'une entité détenue ou contrôlée par un Membre, qui sont principalement engagés dans l'exécution de fonctions gouvernementales ou d'activités à des fins gouvernementales, à l'exclusion de toute entité principalement engagée dans la fourniture de services financiers à des conditions commerciales²². Ainsi, les banques centrales des Membres ne seront généralement pas des fournisseurs de services financiers aux termes de l'AGCS. De même, les entités détenues ou contrôlées par un Membre, par exemple les banques étatiques, ne seront pas des fournisseurs de services financiers aux termes de l'AGCS dans la mesure où leurs activités sont principalement de nature gouvernementale²³ et que celles-ci ne consistent pas en la fourniture de services financiers à des conditions commerciales. Une entité publique s'entend également d'une entité privée eu égard à l'exercice de fonctions dont s'acquitte normalement une banque centrale ou une autorité monétaire²⁴. Elle pourrait être considérée comme un fournisseur de services financiers lorsqu'elle exerce d'autres types de fonctions, par exemple la fourniture de services financiers en concurrence avec d'autres institutions financières.

L'Annexe précise enfin la signification des termes « services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » dans le contexte du commerce des services financiers, soit lorsque nous sommes en présence de mesures de Membres influant sur la fourniture de services financiers²⁵. L'AGCS

21. Annexe, par. 5(b).

22. *Id.*, par. 5(c)(i).

23. L'emploi du mot « principalement », qui est imprécis, laisse évidemment place à une certaine incertitude juridique quant à l'interprétation exacte de cette disposition.

24. Annexe, par. 5(c)(ii).

25. *Id.*, par. 1(a).

stipule en effet qu'il ne s'applique pas au regard de services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental, ceux-ci s'entendant de services n'étant fournis ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services²⁶. Aux paragraphes 1(b) à 1(d) de l'Annexe, les Membres ont précisé que, en ce qui a trait au commerce des services financiers, l'expression « services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » signifie :

- 1) des activités menées par une banque centrale ou une autorité monétaire ou par toute autre entité publique dans l'application des politiques monétaire ou cambiale. « Entité publique » a le sens examiné précédemment²⁷ ; ou
- 2) des activités faisant partie d'un régime de sécurité sociale institué par la loi ou de plans de retraite publics ; ou encore
- 3) d'autres activités menées par une entité publique²⁸ pour le compte ou avec la garantie de l'État ou en utilisant les ressources financières de celui-ci.

Cette dernière catégorie de services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental est à première vue passablement large. Toutefois, rappelons que le concept d'entité publique n'inclut pas une entité principalement engagée dans la fourniture de services financiers à des conditions commerciales. De plus, l'Annexe précise que si un Membre permet que les activités de cette dernière catégorie soient menées par les fournisseurs de services financiers de ce Membre en concurrence avec une entité publique ou tout autre fournisseur de services financiers, alors les activités en question ne constituent pas des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental et tombent donc sous le coup des dispositions de l'AGCS. La même précision est apportée en ce qui a trait aux activités visées par la deuxième catégorie mentionnée plus haut²⁹. Ainsi, même si, par exemple, une banque étatique n'est pas principalement engagée dans la fourniture de services financiers à des conditions commerciales, ses activités seront assujetties aux disciplines de l'AGCS dans la mesure où elles sont menées en concurrence avec, par exemple, d'autres banques du secteur privé.

26. *Accord général sur le commerce des services*, art. I:3(b) et (c).

27. Cf. Annexe, par. 5(c).

28. *Ibid.*

29. *Id.*, par. 1(c).

1.3.2.2 Les normes

La réglementation intérieure

Dans la mesure où l'on se trouve en présence de mesures de Membres qui influent sur la fourniture de services financiers et tombent sous le coup des dispositions de l'AGCS, certaines règles particulières, se rapportant à des problématiques propres au secteur financier, se retrouvent dans l'Annexe. Tout d'abord, et il s'agit là d'une disposition fondamentale dans le secteur financier, l'on retrouve l'exception pour les mesures prudentielles adoptées par un Membre. Le paragraphe 2(a) de l'Annexe stipule en effet ceci :

Nonobstant toute autre disposition de l'Accord, un Membre ne sera pas empêché de prendre des mesures pour des raisons prudentielles, y compris pour la protection des investisseurs, des déposants, des titulaires de polices ou des personnes à qui un droit de garde est dû par un fournisseur de services financiers, ou pour assurer l'intégrité et la stabilité du système financier. Dans les cas où de telles mesures ne seront pas conformes aux dispositions de l'Accord, elles ne seront pas utilisées par un Membre comme un moyen d'éviter ses engagements ou obligations au titre de l'Accord.

Une mesure prudentielle se conformant à cette disposition ne donne lieu à aucune violation de l'AGCS, peu importe l'obligation en cause. Cela se reflète dans l'emploi des mots « [n]onobstant toute autre disposition de l'Accord ». Quant à la portée de cette exception, elle est plutôt large. En effet, il suffit qu'une mesure ait été adoptée par un Membre pour des « raisons prudentielles » pour qu'en principe elle tombe sous le coup de cette disposition. Bien qu'il ne soit pas possible de circonscrire parfaitement le concept de raisons prudentielles, lequel n'est d'ailleurs pas appelé à être un concept statique³⁰, une liste d'exemples de « raisons prudentielles » est donnée. Cette dernière n'est toutefois pas exhaustive, bien qu'elle ait une influence significative sur la portée générale de ces termes.

Soulignons que même si une mesure est adoptée par un Membre pour des raisons prudentielles, c'est-à-dire si elle entre *a priori* dans le cadre de l'exception pour mesures prudentielles, elle ne doit pas être utilisée par ce Membre comme un moyen d'éviter ses engagements ou obligations aux termes de l'AGCS, par exemple ses engagements particuliers dans le secteur des services financiers. La dernière phrase du paragraphe 2(a) de

30. En effet, les pratiques prudentielles des organismes de réglementation des Membres sont appelées à évoluer dans le temps, ce qui aura nécessairement un impact sur ce qui sera considéré, à un moment donné, comme une mesure adoptée pour des raisons prudentielles ou non.

l'Annexe a en effet pour objet d'éviter que l'exception pour mesures prudentielles soit utilisée de façon abusive par les Membres et, bien qu'elle n'ait à ce jour pas fait l'objet d'une interprétation par un groupe spécial ou l'Organe d'appel, il semble clair qu'elle impose au minimum une obligation de bonne foi en ce qui a trait à l'adoption et à l'application de mesures prudentielles par un Membre. À cet égard, il peut être utile de se référer aux propos de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis — Produits à base de crevettes*³¹. Dans le contexte de la clause introductive de l'article XX de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (AGTDC), l'Organe d'appel a rappelé que le texte introductif de l'article XX n'était en fait qu'une façon d'exprimer le principe de la bonne foi, lequel est à la fois un principe juridique général et un principe général du droit international³². De tels propos pourraient être transposés dans le contexte de la dernière phrase du paragraphe 2(a) de l'Annexe.

Notons également que dans la mesure où il n'y a pas de conflit entre le paragraphe 2(a) de l'Annexe et l'article VI de l'AGCS, lequel se rapporte aussi à la réglementation intérieure, les dispositions de l'article VI s'appliquent. Par exemple, les organismes de réglementation des Membres sont généralement soumis, lorsque des engagements spécifiques ont été pris dans le secteur financier, à l'obligation d'administrer d'une manière raisonnable, objective et impartiale leurs mesures d'application générale qui influent sur le commerce des services financiers³³.

Toujours en rapport avec la réglementation intérieure, l'Annexe stipule que l'AGCS n'oblige pas un Membre à révéler des renseignements concernant les affaires et les comptes des clients ou tout autre renseignement confidentiel ou exclusif en la possession d'une entité publique³⁴.

31. ORGANE D'APPEL, *Rapport. États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (« États-Unis — Produits à base de crevettes »), WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998.

32. *Id.*, par. 158 ; rappelons que l'article 26 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, (1969) 8 I.L.M. 679, laquelle s'applique au regard de l'interprétation des différents accords de l'OMC, stipule que tout traité entre deux parties doit être exécuté par celles-ci de bonne foi.

33. Cf. *Accord général sur le commerce des services*, art. VI :1. Cette disposition stipule que « [d]ans les secteurs où des engagements spécifiques seront contractés, chaque Membre fera en sorte que toutes les mesures d'application générale qui affectent le commerce des services soient administrées d'une manière raisonnable, objective et impartiale » ; concernant l'interprétation d'une disposition similaire contenue à l'article X du GATT, voir ORGANE D'APPEL, *Rapport. Communautés européennes — Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles*, WT/DS69/AB/R, 13 juillet 1998, par. 109-116.

34. Annexe, par. 2(b) ; voir la définition d'entité publique au paragraphe 5(c) de l'Annexe et discutée précédemment.

Comme nous pouvons le constater, cette disposition ne s'applique qu'aux renseignements détenus par des entités publiques. Cela s'explique par le fait qu'elle est complétée par l'article XIV(c)(ii) de l'AGCS qui prévoit déjà une exception générale en matière de confidentialité des dossiers et comptes personnels³⁵.

La reconnaissance de mesures prudentielles

L'Annexe contient ensuite des dispositions concernant la reconnaissance, lesquelles s'ajoutent à celles qui sont déjà contenues dans l'article VII de l'AGCS, qui traite de la reconnaissance de la qualification acquise par un fournisseur de services dans un autre pays³⁶. Le paragraphe 3 de l'Annexe vient préciser que, dans le contexte du commerce des services financiers, un Membre peut, unilatéralement ou en vertu d'un accord ou arrangement, reconnaître les mesures prudentielles d'un autre pays,

35. L'article XIV(c)(ii) de l'AGCS prévoit ce qui suit : « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services, aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout Membre de mesures [...] (c) nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord, y compris celles qui se rapportent [...] (ii) à la protection de la vie privée des personnes pour ce qui est du traitement et de la dissémination de données personnelles, ainsi qu'à la protection du caractère confidentiel des dossiers et comptes personnels. »

36. L'article VII de l'AGCS stipule ce qui suit :

S'agissant d'assurer, en totalité ou en partie, le respect de ses normes ou critères concernant la délivrance d'autorisations, de licences ou de certificats pour les fournisseurs de services, et sous réserve des prescriptions du paragraphe 3, un Membre pourra reconnaître l'éducation ou l'expérience acquise, les prescriptions remplies, ou les licences ou certificats accordés dans un pays déterminé. Cette reconnaissance, qui pourra se faire par une harmonisation ou autrement, pourra se fonder sur un accord ou arrangement avec le pays concerné ou être accordée de manière autonome.

Un Membre partie à un accord ou arrangement du type visé au paragraphe 1, existant ou futur, ménagera aux autres Membres intéressés une possibilité adéquate de négocier leur accession à cet accord ou arrangement ou de négocier des accords ou arrangements qui lui sont comparables. Dans les cas où un Membre accordera la reconnaissance de manière autonome, il ménagera à tout autre Membre une possibilité adéquate de démontrer que l'éducation ou l'expérience acquise, les licences ou les certificats obtenus, ou les prescriptions remplies sur le territoire de cet autre Membre devraient être reconnus. Un Membre n'accordera pas la reconnaissance d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination entre les pays dans l'application de ses normes ou critères concernant la délivrance d'autorisations, de licences ou de certificats pour les fournisseurs de services, ou une restriction déguisée au commerce des services.

Membre ou non. Ainsi, un Membre peut, sans contrevenir à l'obligation de traitement NPF, reconnaître l'adéquation des mesures prudentielles appliquées par un pays donné à l'égard de ses fournisseurs de services financiers et non celles appliquées par un autre Membre, ce qui peut évidemment donner lieu à une différence de traitement, par exemple en ce qui concerne les conditions d'établissement d'une institution financière. À titre d'illustration, un Membre pourrait refuser d'octroyer à une banque d'un autre Membre une licence pour l'établissement d'une succursale sur son territoire si la banque étrangère ne fait l'objet d'aucune supervision sur le territoire de cet autre Membre. Il n'y aurait pas alors de violation de l'obligation de traitement NPF car la différence de traitement par rapport à d'autres Membres serait fondée sur la reconnaissance de l'adéquation de la supervision effectuée par ces derniers à l'égard de leurs institutions bancaires. Dans un tel cas, la question se pose évidemment à savoir dans quelle mesure cette disposition de l'Annexe est nécessaire, considérant l'existence de l'exception générale pour les mesures prudentielles.

L'Annexe prévoit cependant que, lorsqu'un Membre reconnaît les mesures prudentielles d'un autre pays, il doit accorder à tout autre Membre qui le désire la possibilité, selon le cas, de négocier son accession à l'accord ou arrangement en cause, d'en négocier un qui soit comparable ou de démontrer que ses mesures prudentielles devraient également faire l'objet d'une reconnaissance unilatérale³⁷. Essentiellement, cela signifie que, dès

4. Chaque Membre :

(a) informera le Conseil du commerce des services, dans un délai de 12 mois à compter de la date à laquelle l'Accord sur l'OMC prendra effet pour lui, de ses mesures de reconnaissance existantes et indiquera si ces mesures sont fondées sur des accords ou arrangements du type visé au paragraphe 1 ; (b) informera le Conseil du commerce des services dans les moindres délais, aussi longtemps à l'avance que possible, de l'ouverture de négociations au sujet d'un accord ou arrangement du type visé au paragraphe 1 afin de ménager à tout autre Membre une possibilité adéquate de faire savoir s'il souhaite participer aux négociations, avant que celles-ci n'entrent dans une phase de fond ; (c) informera le Conseil du commerce des services dans les moindres délais lorsqu'il adoptera de nouvelles mesures de reconnaissance ou modifiera notablement des mesures existantes, et indiquera si les mesures sont fondées sur un accord ou arrangement du type visé au paragraphe 1.

5. Chaque fois que cela sera approprié, la reconnaissance devrait être fondée sur des critères convenus multilatéralement. Dans les cas où cela sera approprié, les Membres collaboreront avec les organisations intergouvernementales et non gouvernementales compétentes à l'établissement et à l'adoption de normes et critères internationaux communs pour la reconnaissance et de normes internationales communes pour l'exercice des activités et professions pertinentes en rapport avec les services.

37. Annexe, par. 3(b).

lors qu'un Membre reconnaît, d'une façon ou d'une autre, des mesures prudentielles particulières d'un autre pays, tout autre Membre intéressé doit se voir offrir l'occasion de démontrer que les mesures prudentielles qu'il applique sont similaires ou équivalentes à celles qui ont été reconnues, et donc qu'elles devraient faire l'objet de la même reconnaissance.

Un Membre qui reconnaît des mesures prudentielles d'un autre pays doit en aviser le Conseil du commerce des services. Il n'est toutefois pas tenu d'informer ce dernier du commencement de négociations avec un autre pays à ce sujet³⁸.

Le règlement des différends

Les Membres ont finalement tenu à préciser que, lorsqu'un groupe spécial sera constitué afin d'examiner un différend concernant le commerce des services financiers, il devra avoir les compétences nécessaires en rapport avec le service financier faisant l'objet du différend. Cela reflète l'opinion des négociateurs que le secteur financier, de par son importance dans l'économie d'un pays et la complexité de la réglementation y afférente, n'est pas un secteur comme les autres et qu'il faut donc s'assurer que tout différend y relié n'est soumis qu'à un groupe spécial ayant une expertise particulière en la matière. Il n'est toutefois pas clair si tous les membres du groupe spécial doivent être des experts relativement au service financier faisant l'objet du différend. Nous pouvons également noter qu'une décision d'un tel groupe spécial pourrait faire l'objet d'un appel devant l'Organe d'appel, qui lui n'est pas forcément composé d'experts en matière de services financiers³⁹.

1.3.3 Le Mémoire d'accord sur les engagements relatifs aux services financiers

Le *Mémoire d'accord sur les engagements relatifs aux services financiers* (Mémoire) est un document qui, contrairement à l'Annexe, ne fait pas partie intégrante de l'AGCS. Il reflète la volonté d'un certain

38. *Accord général sur le commerce des services*, art. VII :4(c) ; Annexe, par. 3(c).

39. Il convient toutefois de souligner que l'Organe d'appel ne se prononce que sur des questions de droit couvertes par le rapport d'un groupe spécial et les interprétations de droit données par celui-ci. Le besoin d'expertise technique en matière financière, qui est essentiel au regard de questions factuelles, peut donc se révéler moins important au niveau d'un appel d'une décision d'un groupe spécial. Cf. *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, art. 18 :6. On retrouve ce document dans SECRÉTARIAT DU GATT, *op. cit.*, p. 427 et suiv.

nombre de pays de souscrire, en ce qui a trait au secteur financier, à des normes allant au-delà de celles de l'AGCS en matière d'ouverture et de libéralisation des marchés. En effet, ces normes, qui vont beaucoup plus loin et sont plus détaillées que celles qui sont énoncées dans la Partie III de l'AGCS relative aux engagements spécifiques (soit les articles XVI et XVII concernant l'accès au marché et le traitement national), ne sont pas obligatoires pour tous les Membres. Seuls ceux qui ont librement décidé d'y adhérer sont soumis à ses disciplines. De façon générale, ce ne sont que les pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) qui ont accepté de souscrire aux obligations plus strictes du Mémorandum.

Les Membres ayant adhéré au Mémorandum s'y réfèrent dans leur Liste d'engagements spécifiques, généralement par l'entremise d'une note introductive dans la section sur les services financiers indiquant que le Membre prend des engagements spécifiques dans ce secteur selon l'approche énoncée dans le Mémorandum. De fait, il s'agit là d'une incorporation par référence. Ainsi, bien qu'en soi le statut juridique du Mémorandum ne soit pas clair, ceci parce qu'il ne fait pas *a priori* partie de l'AGCS, il semble qu'en l'incorporant par référence dans leur Liste, laquelle fait partie intégrante de l'AGCS⁴⁰, les Membres y ayant adhéré se trouvent pleinement liés par les obligations y étant contenues au même titre que tout autre engagement spécifique inscrit dans cette Liste. Comme dans le cas de tout autre engagement spécifique, un Membre adhérent au Mémorandum avait la faculté d'inscrire dans sa Liste des restrictions ou conditions au regard des obligations du Mémorandum.

Soulignons que, bien que tous les Membres n'aient pas souscrit aux obligations du Mémorandum, ceux qui y ont adhéré doivent appliquer ces obligations sur la base du traitement NPF, c'est-à-dire qu'ils doivent accorder le bénéfice de l'application des principes plus libéralisateurs du Mémorandum à tout autre Membre, qu'il ait également adhéré ou non au Mémorandum⁴¹. Les Membres ont ainsi évité le type de situation qui existait avec différents codes de l'AGTDC avant l'entrée en vigueur de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*⁴².

40. *Accord général sur le commerce des services*, art. XX :3.

41. Clauses introductives du Mémorandum, alinéa (iii).

42. SECRÉTARIAT DU GATT, *op. cit.*, p. 6 et suiv.

1.3.3.1 L'obligation de *statu quo*

Le Mémorandum contient tout d'abord une obligation de *statu quo*⁴³. Cela signifie que toute restriction ou condition qu'un Membre adhérent au Mémorandum désirait inscrire dans sa Liste ne pouvait représenter moins que le *statu quo*. Par exemple, un Membre prenant des engagements concernant les services bancaires ne pouvait inscrire une restriction limitant la participation étrangère dans les banques nationales à 49 p. 100 si la législation existante accordait déjà le droit d'acquérir une participation de 51 p. 100. Cela est significatif car en vertu des dispositions générales de l'AGCS, soit la Partie III de l'Accord, un Membre pouvait inscrire des restrictions représentant moins que le *statu quo* réglementaire. Certains Membres n'ayant pas adhéré au Mémorandum ont d'ailleurs fait cela, ce qui a généralement pour effet d'aviver les craintes d'un retour en arrière quant au niveau d'accès au marché accordé⁴⁴.

1.3.3.2 L'accès au marché

Les monopoles

L'article VIII de l'AGCS impose aux Membres certaines obligations relativement aux monopoles qu'ils autorisent ou maintiennent. En particulier, il est prévu qu'un fournisseur monopolistique ne doit pas, en ce qui a trait à la fourniture du service faisant l'objet du monopole, agir de façon incompatible avec les obligations du Membre visé se rapportant au traitement NPF et à ses engagements spécifiques, et en ce qui a trait à la fourniture d'un service ne faisant pas l'objet du monopole, abuser de sa position monopolistique de façon telle que ses agissements seront incompatibles avec les engagements spécifiques du Membre visé⁴⁵.

43. Mémorandum, section A.

44. Par exemple, une exigence d'incorporation pour les compagnies d'assurances fut inscrite dans la Liste de la Malaisie, alors que des compagnies d'assurances conduisaient déjà des activités par l'entremise de succursales. Voir R. KAMPF, *loc. cit.*, note 15, 117.

45. L'article VIII de l'AGCS se lit comme suit :

Chaque Membre fera en sorte que tout fournisseur monopolistique d'un service sur son territoire n'agisse pas, lorsqu'il fournit un service monopolistique sur le marché considéré, d'une manière incompatible avec les obligations du Membre au titre de l'article II et ses engagements spécifiques.

Dans les cas où tout fournisseur monopolistique d'un Membre entrera en concurrence, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une société affiliée, pour la fourniture d'un service se situant hors du champ de ses droits monopolistiques et faisant l'objet d'engagements spécifiques de la part dudit Membre, le Membre fera en sorte que ce fournisseur n'abuse pas de sa position monopolistique pour agir sur son territoire d'une manière incompatible avec ces engagements.

Le Mémorandum ajoute à cela en prévoyant qu'un Membre devait mentionner dans sa Liste les droits monopolistiques alors existants dans le secteur des services financiers et doit s'efforcer de les éliminer ou d'en réduire la portée⁴⁶. Il est de plus précisé que cette obligation s'applique au regard des activités menées par une entité publique pour le compte ou avec la garantie de l'État ou en utilisant les ressources financières de l'État, activités qui, comme nous l'avons vu précédemment, sont en principe exclues du champ d'application de l'AGCS⁴⁷. Ainsi, contrairement à l'AGCS, le Mémorandum attaque implicitement la légitimité politico-économique des monopoles dans le secteur financier en ce qu'il indique une préférence pour l'élimination ou la réduction des droits monopolistiques accordés par les Membres. Soulignons cependant que le Mémorandum n'impose pas une obligation stricte d'éliminer ou de réduire la portée des droits monopolistiques. En effet, un Membre n'a l'obligation que de « s'efforcer » d'éliminer ou de réduire la portée de ces droits, ce qui ne constitue qu'une obligation dite de *best efforts*.

Les marchés publics

En vertu de l'AGCS, les Membres ne sont pas soumis à une obligation de traitement NPF ni à une obligation de traitement national en ce qui a trait aux marchés publics, c'est-à-dire, de façon générale, les services acquis par les entités gouvernementales d'un Membre⁴⁸. Le Mémorandum, reflétant à nouveau une volonté d'aller plus loin que l'AGCS en matière de libéralisation, prévoit certaines obligations en matière d'acquisition de services

Le Conseil du commerce des services pourra, à la demande d'un Membre qui a des raisons de croire qu'un fournisseur monopolistique d'un service de tout autre Membre agit d'une manière incompatible avec les paragraphes 1 ou 2, inviter le Membre qui établit, maintient ou autorise un tel fournisseur à fournir des renseignements spécifiques concernant les opérations pertinentes.

Si, après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, un Membre accorde des droits monopolistiques en ce qui concerne la fourniture d'un service visé par ses engagements spécifiques, ledit Membre le notifiera au Conseil du commerce des services trois mois au moins avant la date prévue pour l'octroi effectif de droits monopolistiques, et les dispositions des paragraphes 2, 3 et 4 de l'article XXI seront d'application.

5. Les dispositions du présent article s'appliqueront également, s'agissant des fournisseurs exclusifs de services, aux cas dans lesquels, en droit ou en fait, un Membre a) autorise ou établit un petit nombre de fournisseurs de services et b) empêche substantiellement la concurrence entre ces fournisseurs sur son territoire.

46. Mémorandum, par. B.1.

47. Cf. par. 1(b)(iii) de l'Annexe.

48. *Accord général sur le commerce des services*, art. XIII.

financiers par des entités gouvernementales. De fait, le Mémorandum constitue ce qu'il est convenu d'appeler, selon la terminologie anglaise, un *carve back in* en matière de marchés publics.

En vertu du paragraphe B.2 du Mémorandum, un Membre se trouve obligé de s'assurer que ses entités publiques⁴⁹ qui acquièrent des services financiers sur son territoire se conforment, en ce qui concerne une telle acquisition, à l'obligation de traitement NPF et à l'obligation de traitement national à l'égard des fournisseurs de services financiers de tout autre Membre établis sur son territoire. Il est important de souligner qu'un fournisseur de services financiers d'un autre Membre n'a droit au bénéfice du traitement NPF et du traitement national que dans la mesure où il est établi sur le territoire du Membre dont les entités publiques acquièrent des services financiers. Le Mémorandum et l'AGCS ne définissent malheureusement pas ce que l'on entend par fournisseur de services financiers « établi » sur le territoire d'un autre Membre. Cela couvre, bien sûr, le cas où un fournisseur étranger possède une filiale sur le territoire de l'autre Membre. La véritable question, toutefois, est de savoir si « établi » équivaut à avoir une « présence commerciale » sur le territoire d'un autre Membre. Si tel est le cas, alors la condition d'être « établi » sur le territoire d'un autre Membre peut être remplie par le simple fait d'avoir un bureau de représentation sur le territoire de celui-ci⁵⁰.

Le commerce transfrontières

En vertu des dispositions générales de l'AGCS, un Membre avait la faculté de prendre des engagements spécifiques ou non au regard du commerce transfrontières des services financiers. En vertu du Mémorandum, toutefois, un Membre s'engage à accorder un accès minimal à son marché eu égard aux deux premiers modes de fourniture de services financiers, soit la fourniture transfrontières⁵¹ et la consommation à l'étranger⁵². Ainsi, en

49. Pour la définition d'entités publiques, voir le paragraphe 5(c) de l'Annexe.

50. Le Mémorandum, par. D.2, définit de façon très large le concept de présence commerciale. « Présence commerciale » s'entend en effet d'une entreprise se trouvant sur le territoire d'un Membre pour la fourniture de services financiers et comprend les filiales dont le capital est détenu en totalité ou en partie, les coentreprises, les sociétés de personnes, les entreprises individuelles, les opérations de franchisage, les succursales, les agences, les bureaux de représentation ou autres organisations : Mémorandum, par. D.2.

51. Cf. *Accord général sur le commerce des services*, art. I :2(a).

52. *Id.*, art. I :2(b) ; nous rappelons ici la possibilité pour un Membre de maintenir des restrictions ou conditions au regard de ses obligations en vertu du Mémorandum. De telles restrictions ou conditions devaient être inscrites par un Membre dans sa Liste.

ce qui concerne le premier mode de fourniture, il est prévu qu'un Membre doit permettre aux fournisseurs de services financiers⁵³ non résidents de fournir, en tant que commettant, par l'intermédiaire d'un mandataire ou en tant que mandataire, certains types de services financiers. Ces derniers sont plutôt limités : assurance contre les risques en rapport avec le transport maritime, le transport aérien commercial, le lancement d'engins spatiaux et les marchandises en transit international ; réassurance et rétrocession, ainsi que certains services auxiliaires en matière d'assurance ; fourniture et transfert d'informations financières et traitement de données financières par des fournisseurs d'autres services financiers ; services consultatifs et autres services auxiliaires, à l'exclusion de l'intermédiation, en rapport avec les services bancaires et autres services financiers (à l'exclusion de l'assurance)⁵⁴. Comme nous pouvons le constater, cette obligation concerne tout particulièrement l'assurance et exclut la fourniture transfrontières des principaux services bancaires et autres services financiers (à l'exclusion de l'assurance). Il s'agit donc là d'une obligation somme toute limitée qui, de façon générale, reflète ce qui était déjà permis par les Membres représentant les principaux marchés financiers. Le refus des Membres de s'engager davantage quant à la fourniture transfrontières de services financiers s'explique notamment par le fait que les fournisseurs transfrontières de services financiers ne sont pas directement soumis à la réglementation et à l'autorité des organismes de réglementation du Membre où ils fournissent des services financiers, donnant ainsi lieu à des craintes de la part des Membres quant à leur capacité de réglementer et de superviser de façon appropriée les activités de ces fournisseurs au sein de leur territoire et donc de protéger de façon appropriée les déposants, investisseurs, etc.

Soulignons que le Mémoire précise que les modalités et conditions relatives à l'accès au marché mentionné plus haut au regard de la fourniture transfrontières de services financiers doivent être conformes à l'obligation de traitement national⁵⁵.

53. Un fournisseur non résident de services financiers est un fournisseur de services financiers d'un Membre qui fournit un service financier sur le territoire d'un autre Membre à partir d'un établissement situé sur le territoire d'un autre Membre, qu'il ait ou non une présence commerciale sur le territoire du Membre dans lequel le service financier est fourni : Mémoire, par. D.1.

54. Mémoire, par. B.3.

55. *Ibid.*

En ce qui concerne la consommation à l'étranger, par rapport à laquelle les craintes que suscite la fourniture transfrontières n'existent pas, les Membres ont accepté de se soumettre à une obligation plus contraignante. En effet, le Mémorandum prévoit qu'un Membre doit permettre à ses résidents d'acheter sur le territoire d'un autre Membre les services d'assurance indiqués plus haut au regard de la fourniture transfrontières, de même qu'essentiellement tous les services bancaires et autres services financiers (à l'exclusion de l'assurance)⁵⁶.

La présence commerciale

La question de la présence commerciale est, pour les services financiers comme pour d'autres types de services, de première importance. En effet, sans la possibilité d'établir une présence commerciale sur le territoire d'un autre Membre, la fourniture du moins d'un certain nombre de services financiers, tels les services bancaires de détail⁵⁷ ou la vente de polices d'assurance aux particuliers, peut s'avérer beaucoup plus difficile, voire dans certains cas pratiquement impossible. C'est pourquoi les pays ayant participé à la négociation du Mémorandum ont cru bon d'y inclure des dispositions allant plus loin que celles de l'AGCS. Ainsi, le paragraphe B.5 du Mémorandum prévoit qu'un Membre devra accorder aux fournisseurs de services financiers d'un autre Membre le droit d'établir ou d'accroître sur son territoire, y compris par l'acquisition d'entreprises existantes, une présence commerciale. Comme nous l'avons mentionné précédemment, le concept de présence commerciale est défini de façon très large et inclut notamment les filiales, les succursales, les agences et les bureaux de représentation⁵⁸.

Cette obligation a une portée considérable, car non seulement elle accorde à un fournisseur de services financiers d'un Membre le droit de s'établir sur le territoire d'un autre Membre, mais elle donne également à ce fournisseur le droit de prendre de l'expansion, que ce soit par une

56. *Id.*, par. B.4 ; voir le paragraphe 5(a) de l'Annexe, qui définit de façon très large le concept de services bancaires et autres services financiers (à l'exclusion de l'assurance) ; il faut noter les difficultés qui peuvent parfois surgir quant à savoir quel mode de fourniture de services s'applique dans un cas particulier, c'est-à-dire celui de la fourniture transfrontières ou celui de la consommation à l'étranger. À l'ère notamment du commerce électronique, plusieurs Membres trouvent difficile de toujours faire la distinction entre ces deux modes de fourniture de services, en partie parce que leur réglementation ne tient pas nécessairement compte d'une telle distinction.

57. Par exemple, les hypothèques pour les maisons individuelles.

58. *Supra*, note 50.

croissance interne ou par l'acquisition d'institutions existantes⁵⁹. Cette obligation n'empêche toutefois pas un Membre d'imposer des modalités, conditions et procédures en rapport avec l'autorisation ou l'expansion d'une présence commerciale, pourvu qu'elles n'aient pas pour effet de priver le fournisseur d'un autre Membre de son droit à l'établissement et à l'expansion et qu'elles soient compatibles avec les autres obligations de l'AGCS. Ainsi, un Membre peut de plein droit imposer de telles modalités, des conditions et une procédure, pour autant qu'elles ne contreviennent pas, par exemple, à l'obligation de traitement national ; toute modalité, condition ou procédure qui serait discriminatoire au sens de l'article XVII de l'AGCS ne pourrait en effet être imposée par un Membre que dans la mesure où elle a été inscrite dans la Liste de ce dernier.

Les nouveaux services financiers

Le paragraphe B.7 du Mémorandum prévoit, quant à lui, qu'un Membre ayant adhéré à cet instrument juridique permettra aux fournisseurs de services financiers d'un autre Membre établis sur son territoire d'y offrir un nouveau service financier. Nous retrouvons à nouveau ici le concept de fournisseur « établi » sur le territoire d'un autre Membre, lequel, comme nous l'avons mentionné précédemment, n'est pas défini, ce qui crée donc une certaine incertitude juridique quant à savoir si cela signifie qu'un fournisseur d'un Membre doit avoir une présence commerciale sur le territoire d'un autre Membre⁶⁰.

Notons qu'un nouveau service financier ne se réfère pas à un service financier qui n'existe nulle part, mais plutôt à un service financier qui est nouveau au regard d'un Membre, c'est-à-dire qui n'est pas fourni sur le territoire de ce dernier, et qui ne l'est pas (nouveau) pour un autre Membre. En effet, un nouveau service financier est défini comme un service de caractère financier, y compris tout service lié à des produits existants et à de nouveaux produits ou à la manière dont un produit est livré, qui n'est fourni par aucun fournisseur de services financiers sur le territoire d'un Membre déterminé mais qui est fourni sur le territoire d'un autre Membre⁶¹.

59. Nous rappelons encore une fois qu'un Membre pouvait inscrire dans sa Liste des restrictions ou conditions au regard de cette obligation, par exemple restreindre la possibilité d'acquérir une participation majoritaire dans une institution financière particulière.

60. Voir *supra*, note 50, ainsi que le texte y étant relatif.

61. Mémorandum, par. D.3.

Ainsi, pour être un « nouveau service financier » aux termes du Mémorandum, il faut que le service en question soit déjà fourni sur le territoire d'un Membre de l'OMC.

Une telle disposition a essentiellement pour objet de protéger l'avantage comparatif que peuvent détenir les institutions financières d'un Membre, par exemple en fait de sophistication des produits financiers offerts, par rapport aux institutions financières d'un autre Membre. Ainsi, dans la mesure où les banques américaines offriraient, sur le territoire américain, un type de service financier non encore fourni au Canada, les banques américaines établies au Canada seraient en droit d'exiger qu'on leur permette de fournir sur le territoire canadien ce nouveau type de service financier. Le Canada ne pourrait refuser d'autoriser la fourniture de ce service simplement pour éviter que les banques canadiennes se retrouvent dans une situation de désavantage concurrentiel.

Le transfert et le traitement d'information

Un autre élément particulièrement important dans le secteur financier, notamment à la lumière des nouveautés fort considérables dans le domaine de la technologie, est la possibilité pour les institutions financières ayant des activités dans différentes juridictions de pouvoir transférer et traiter librement de l'information et des données d'une juridiction à une autre. Autrement, l'accès au marché d'un Membre pourrait se révéler somme toute illusoire. C'est pour cela que le Mémorandum prévoit qu'un Membre ne devra pas prendre de mesures empêchant le transfert et le traitement de données financières, ou même le transfert d'équipement⁶², dans la mesure où de tels transferts s'avèrent nécessaires à un fournisseur de services financiers pour la conduite de ses affaires courantes⁶³. Cela ne restreint toutefois pas la capacité du Membre de protéger les données personnelles, la vie privée et la confidentialité des dossiers et comptes personnels, pourvu que de ce fait le Membre en question ne contourne pas ses obligations⁶⁴. Cette disposition s'ajoute à celles du paragraphe 2(b) de l'Annexe⁶⁵ et de l'article XIV(c)(ii) de l'AGCS.

62. Ceci sous réserve des règles d'importation conformes aux accords internationaux, par exemple le GATT.

63. Mémorandum, par. B.8.

64. *Ibid.*

65. Voir *supra*, note 34, ainsi que le texte y étant relatif.

L'admission temporaire de personnel

Comme nous le verrons plus loin, l'AGCS ne prévoit pas de règles minimales quant à l'admission temporaire de personnel jugé nécessaire ou utile pour l'établissement d'une présence commerciale sur le territoire d'un Membre et la poursuite d'activités au sein de celui-ci⁶⁶. L'AGCS prévoit, à cet égard, que les Membres sont libres de prendre des engagements spécifiques ou non.

Toujours dans le but d'établir un niveau minimal plus élevé d'obligations en la matière, les pays ayant négocié le Mémorandum y ont inclus un certain nombre d'obligations en vue de permettre l'admission temporaire de personnel en ce qui a trait au commerce des services financiers. Tout d'abord, il est prévu qu'un Membre devra permettre l'admission temporaire sur son territoire du personnel suivant d'un fournisseur de services financiers d'un autre Membre qui établit ou a déjà établi une présence commerciale sur son territoire : cadres de direction supérieurs en possession des informations exclusives indispensables à l'établissement, au contrôle et à l'exploitation des services du fournisseur de services financiers ; spécialistes des opérations du fournisseur de services financiers⁶⁷. Il est de plus précisé qu'un Membre autorisera, sous réserve de la disponibilité de personnel qualifié sur son territoire, l'admission temporaire sur celui-ci du personnel suivant étant associé à la présence commerciale d'un fournisseur de services financiers d'un autre Membre : spécialistes des services informatiques, des services de télécommunication et des questions comptables ; spécialistes des questions actuarielles et juridiques⁶⁸. Notons que, en l'absence de définitions de termes tels que « spécialistes des opérations » et « spécialistes des services informatiques », des différends pourraient surgir quant à la portée de ces obligations.

Rappelons que ces obligations n'influent pas sur le droit d'un Membre d'appliquer des mesures pour réglementer l'admission temporaire des catégories de personnel mentionnées plus haut, ce qui comprend l'application de mesures nécessaires pour protéger l'intégrité des frontières du Membre et assurer le passage ordonné de celles-ci⁶⁹.

66. *Infra*, section 4.

67. Mémorandum, par. B.9(a).

68. *Id.*, par. B.9(b).

69. « Annexe sur le mouvement des personnes physiques fournissant des services relevant de l'Accord », par. 4. Voir *infra*, section 4.2.2.

Les autres mesures non discriminatoires

Le Mémorandum contient une obligation non contraignante, dite de *best efforts*, concernant certains types de mesures appliquées par des Membres et qui sont considérées comme pouvant avoir des effets néfastes sur la libéralisation des marchés financiers. Ainsi, en vertu du paragraphe B.10 du Mémorandum, chaque Membre s'engage à « s'efforcer » d'éliminer ou de limiter tout effet préjudiciable notable que peuvent avoir pour les fournisseurs de services financiers d'autres Membres les mesures suivantes :

- 1) des mesures non discriminatoires qui empêchent les fournisseurs de services financiers d'offrir sur le territoire du Membre, sous la forme déterminée par le Membre, tous les services financiers autorisés par le Membre. Ces mesures sont celles qui empêchent une même institution financière, telle une banque, d'offrir toute la gamme des services financiers comme les services bancaires, d'assurance et de courtage en valeurs mobilières. Bien que de telles mesures ne soient généralement pas discriminatoires, elles ont pour effet de maintenir une segmentation au sein du marché financier d'un Membre, donc de limiter la concurrence entre les différents types d'institutions financières ;
- 2) des mesures non discriminatoires qui limitent l'expansion des activités des fournisseurs de services financiers sur l'ensemble du territoire du Membre. Le marché bancaire américain offre un exemple de ce type de mesures. En effet, il a longtemps été difficile pour une même institution bancaire, nationale ou étrangère, d'étendre ses activités au sein de tous les États américains, ceux-ci maintenant souvent des restrictions ayant notamment pour objet de protéger leurs institutions locales. Depuis quelques années, il y a eu élimination progressive de ce type de restrictions aux États-Unis⁷⁰ ;
- 3) des mesures d'un Membre, lorsque ce dernier applique les mêmes mesures à la fourniture à la fois de services bancaires et de services liés aux valeurs mobilières, et qu'un fournisseur de services financiers de tout autre Membre concentre ses activités sur la fourniture de services liés aux valeurs mobilières ;
- 4) d'autres mesures qui, bien qu'elles respectent les dispositions de l'AGCS, portent préjudice à la capacité des fournisseurs de services financiers de tout autre Membre d'opérer, de participer à la con-

70. Voir É. LEROUX, *op. cit.*, note 7, p. 35-40. Voir aussi la Liste des États-Unis, GATS/SC/90/Suppl. 3, 26 février 1998, p. 18 et suiv., où l'on retrouve plusieurs restrictions relatives aux opérations bancaires interétatiques aux États-Unis.

currence sur le marché du Membre ou d'y accéder. Ce dernier type de mesures est résiduel et, comme nous pouvons le constater, fort englobant.

Cette obligation ne s'applique toutefois que dans la mesure où une action d'un Membre visant à éliminer ou réduire l'effet préjudiciable de ces mesures n'entraînerait pas une discrimination injuste à l'égard des fournisseurs de services financiers du Membre⁷¹. En outre, en ce qui a trait aux deux premiers types de mesures mentionnés plus haut, le Mémorandum précise qu'un Membre « s'efforcera » de maintenir le *statu quo* en ce qui concerne les avantages et le niveau de débouchés commerciaux dont bénéficient sur le territoire du Membre les fournisseurs de services financiers de tous les autres Membres considérés en tant que groupe, à condition encore une fois que cela n'entraîne pas une discrimination injuste à l'égard des fournisseurs de services financiers du Membre⁷². Il s'agit là à nouveau d'une simple obligation dite de *best efforts*.

1.3.3.3 Le traitement national

L'accès à certains systèmes ou organismes, tels que le système de règlement et de compensation ou une bourse de valeurs, représente souvent un élément important, voire essentiel, pour que l'accès d'un fournisseur de services financiers d'un Membre au marché financier d'un autre Membre soit effectif. Le Mémorandum précise les obligations des Membres à cet égard.

Il est tout d'abord prévu que, suivant des modalités et à des conditions qui accordent le traitement national, un Membre devra accorder aux fournisseurs de services financiers d'un autre Membre établis sur son territoire l'accès aux systèmes de règlement et de compensation exploités par des entités publiques⁷³ de même qu'aux facilités de financement et de refinancement officielles disponibles au cours de transactions commerciales ordinaires⁷⁴. Nous retrouvons à nouveau ici une référence au concept de fournisseur « établi » sur le territoire d'un autre Membre, lequel, comme nous l'avons mentionné précédemment, n'est pas défini. Cette lacune est d'autant plus déplorable qu'il s'agit là d'un concept utilisé dans plusieurs dispositions du Mémorandum. Notons que cette obligation ne comprend pas le droit pour un fournisseur de services financiers d'un Membre d'avoir

71. Mémorandum, par. B.10 *in fine*.

72. *Id.*, par. 11.

73. Cf. Annexe, par. 5(c).

74. Mémorandum, par. C.1.

accès aux facilités de prêteur en dernier ressort d'un autre Membre. Ce rôle est généralement exercé par la banque centrale d'un Membre, laquelle a la faculté d'intervenir pour éviter, par exemple, l'insolvabilité d'une ou de plusieurs institutions bancaires et ainsi prévenir l'avènement d'une crise financière majeure. Le Mémorandum précise donc que, dans le cas où une entité d'un Membre exerce un tel rôle de prêteur en dernier ressort, celle-ci n'est aucunement obligée d'intervenir à l'égard d'une institution financière d'un autre Membre. Malgré l'absence d'obligation, elle pourrait évidemment intervenir dans la mesure où cela serait considéré comme approprié ou nécessaire.

Le Mémorandum prévoit ensuite que, dans le cas où l'appartenance, la participation ou l'accès à un organisme réglementaire autonome, à une bourse ou à un marché de valeurs ou d'instruments à terme, à un établissement de compensation ou à toute autre organisation ou association est exigé par un Membre pour que les fournisseurs de services financiers d'un autre Membre puissent fournir des services financiers sur une base d'égalité avec les fournisseurs de services financiers du Membre, ou encore lorsque de telles entités se voient accorder directement ou indirectement par ce dernier des privilèges ou avantages au regard de la fourniture de services financiers, alors les fournisseurs de services financiers d'un autre Membre qui résident sur le territoire où ces entités sont situées ont droit au traitement national de la part de celles-ci⁷⁵. Ainsi, l'obligation ne s'applique qu'à l'égard des fournisseurs de services financiers d'un Membre résidant sur le territoire d'un autre Membre. La portée de cette obligation n'est toutefois pas entièrement claire, et ce, à nouveau en raison de l'absence d'inclusion d'une définition, cette fois-ci du concept de « résidence ». La définition de « fournisseur non résident de services financiers⁷⁶ » semble suggérer, *a contrario*, qu'un fournisseur « résident » est un fournisseur de services financiers d'un Membre qui fournit un service financier sur le territoire d'un autre Membre à partir du territoire de ce Membre, qu'il ait ou non une présence commerciale sur le territoire de ce dernier. Cela est fort ambigu considérant, d'une part, que la notion même de résidence implique au minimum la présence du fournisseur d'un Membre sur le territoire d'un autre Membre pour une durée excédant celle d'un simple séjour⁷⁷ et, d'autre

75. *Id.*, par. C.2.

76. *Supra*, note 53.

77. L'obligation en cause ne ferait d'ailleurs aucun sens s'il s'agissait par exemple de donner accès à une bourse de valeurs uniquement lorsqu'un fournisseur de services financiers d'un Membre se trouve physiquement sur le territoire d'un autre Membre pendant quelques jours seulement. Au surplus, du point de vue des entreprises, il est impossible de « résider » sur le territoire d'un autre Membre pendant quelques jours seulement.

part, que si un fournisseur de services financiers fournit, à partir du territoire d'un autre Membre et pendant une période de temps suffisamment longue pour être considéré comme « résident », de tels services sur le territoire de ce dernier, il y a fort à parier que dans la très grande majorité des cas il aura à tout le moins une agence ou un bureau de représentation, c'est-à-dire une présence commerciale⁷⁸, sur le territoire de l'autre Membre, soulevant ainsi la question de savoir quelle est la différence entre « résider » et être « établi » sur le territoire d'un autre Membre. La rédaction du Mémoire est donc clairement déficiente et fait preuve d'un manque de rigueur à cet égard, ce qui pourra donner lieu à des différends dont l'issue est difficile à prévoir.

2 Les télécommunications

2.1 L'entrée en vigueur de l'AGCS et les services de télécommunications à valeur ajoutée

L'intégration des services de télécommunications au sein de l'AGCS s'est effectuée en deux temps. En effet, au moment où se sont terminées les négociations sur l'AGCS, les futurs Membres de l'OMC avaient réussi à s'entendre en ce qui a trait aux engagements spécifiques dans le secteur des services de télécommunications à valeur ajoutée, mais non en ce qui a trait à de tels engagements dans le secteur des télécommunications de base. À l'instar des services financiers, des négociations additionnelles ont dû être prévues en ce qui concerne ce dernier secteur.

Les services de télécommunications à valeur ajoutée sont ceux relatifs au transfert d'information, vocale ou non, lorsque l'information subit des transformations entre son point de départ et son point d'arrivée⁷⁹. Ainsi, par exemple, les services de courrier électronique, de messagerie électronique, d'information en ligne et de traitement de données sont des services de télécommunications à valeur ajoutée⁸⁰. Lors de l'entrée en

78. Voir *supra*, note 50.

79. Voir T.L. McLARTY, « Liberalized Telecommunications Trade in the WTO: Implications for Universal Service Policy », (1998) 51 *Fed. Comm. L.J.* 1, 9 : « [e]nhanced services are those services in which the voice or nonvoice information being transferred from one point to another undergoes an end-to-end restructuring or format change before it reaches the customer » ; la distinction entre les services de télécommunications de base et ceux à valeur ajoutée dans le cadre de l'AGCS prend son origine dans le système américain.

80. *Ibid.*

vigueur de l'AGCS en 1995, les principaux Membres dans le secteur des télécommunications avaient inclus ce type de services dans leur Liste et ne maintenaient aucune limitation significative à leur égard⁸¹.

2.2 L'entente de 1997 sur les services de télécommunications de base

Le secteur des télécommunications de base est le deuxième secteur de services au regard duquel une entente ne put être conclue à temps pour l'entrée en vigueur de l'AGCS. Les services de télécommunications de base sont ceux relatifs au transfert d'information, vocale ou non, où l'information est, tant au point de départ qu'au point d'arrivée, identique quant à sa forme et à son contenu⁸². Ainsi, ils se rapportent aux systèmes et infrastructures de télécommunications qui, à l'époque des négociations du Cycle d'Uruguay, faisaient toujours l'objet de monopoles d'État, cela donnant lieu à des difficultés accrues pour en venir à une entente⁸³. Comme dans le cas des services financiers, le problème central était celui dit de *free rider*, les États-Unis, en particulier, ne voulant pas s'engager à ouvrir leur marché et se soumettre à l'obligation de traitement NPF sans que les autres pays ayant un impact dans ce secteur prennent des engagements d'un niveau jugé acceptable⁸⁴. Une décision fut donc prise à l'effet de prolonger la période de négociations dans ce secteur, originellement jusqu'au 30 avril 1996⁸⁵. Les négociations se prolongèrent finalement jusqu'au 15 février 1997, moment où 69 Membres, les marchés de ceux-ci générant plus de 91 p. 100 des revenus totaux dans le secteur des télécommunications⁸⁶, prenaient des engagements significatifs dans ce secteur⁸⁷. Les engagements des Membres dans ce secteur furent annexés au Quatrième Protocole de l'AGCS et entrèrent en vigueur le 5 février 1998⁸⁸.

81. *Ibid* ; M.C.E.J. BRONCKERS et P. LAROCHE, « Telecommunications Services and the World Trade Organization », (1997) 31 *J. World Trade* 5, 19.

82. Voir T.L. McLARTY, *loc. cit.*, note 79, 9-10.

83. *Id.*, 911.

84. L.B. SHERMAN, « 'Wildly Enthusiastic' About the First Multilateral Agreement on Trade in Telecommunications Services », (1998) 51 *Fed. Comm. L.J.* 61, 65.

85. Voir *supra*, note 9, concernant la problématique dite du *free rider* ; L.B. SHERMAN, *loc. cit.*, note 84, 65-66 ; M.C.E.J. BRONCKERS et P. LAROCHE, *loc. cit.*, note 81, 7-8.

86. WORLD TRADE ORGANIZATION, *The WTO Negotiations on Basic Telecommunications*, Genève, WTO, 31 mars 2000.

87. *Ibid.*

88. *Quatrième Protocole annexé à l'Accord général sur le commerce des services*, S/L/20, 30 avril 1996 ; *Décision sur les engagements concernant les télécommunications de base*, S/L/19, 30 avril 1996 ; *Décision sur l'acceptation du Quatrième Protocole annexé à l'Accord général sur le commerce des services*, S/L/51, 19 décembre 1997 ; il est utile de préciser que tant les engagements spécifiques que les exemptions à l'obligation de traitement

2.3 Les règles régissant le commerce des services de télécommunications

2.3.1 Les règles générales de l'AGCS

Comme dans le cas des services financiers, le commerce des services de télécommunications est assujéti aux dispositions générales de l'AGCS, telles celles qui sont relatives au traitement NPF, à la transparence, à la réglementation intérieure, au traitement national et au règlement des différends. Ces dispositions sont toutefois complétées, voire modifiées, par les dispositions d'autres instruments juridiques s'appliquant tantôt de façon générale, tantôt uniquement aux services de télécommunications de base. Le premier de ces instruments est l'*Annexe sur les télécommunications*. Le deuxième est le *Document de référence*.

2.3.2 L'Annexe sur les télécommunications

L'*Annexe sur les télécommunications* (ci-après dans la section 2 « Annexe ») est un instrument juridique faisant partie intégrante de l'AGCS⁸⁹. Elle est la conséquence du double rôle que joue le secteur des télécommunications, soit, d'une part, en tant que secteur d'activité économique distinct et, d'autre part, en tant que moyen de transport fondamental pour d'autres activités économiques⁹⁰. En effet, non seulement le secteur des télécommunications est un secteur de services en soi, mais il constitue également une sorte d'intermédiaire pour la fourniture d'autres types de services, par exemple les services financiers. Il est en effet difficile de s'imaginer comment la fourniture transfrontières de services bancaires pourrait s'effectuer sans l'accès aux réseaux de télécommunications pertinents. Comme l'a si bien dit un auteur, les réseaux de télécommunications ont aujourd'hui la même importance pour l'industrie des services que celle qu'avaient les chemins de fer pour l'industrie manufacturière à l'ère industrielle⁹¹. Reconnaisant cette particularité du secteur des télécommunications, les Membres ont jugé nécessaire de compléter les dispositions

NPF sont annexés au Quatrième Protocole ; pour un résumé des engagements pris par les Membres, voir L.B. SHERMAN, *loc. cit.*, note 84, 63-64 et 100 et suiv. ; en ce qui concerne l'établissement des listes d'engagements des Membres, un certain nombre d'éclaircissements sont fournis dans le document *Note sur l'établissement des listes d'engagements pour les télécommunications de base*, S/GBT/W/2/REV.1, 16 janvier 1997 ; à cet égard, voir aussi le document *Limitations concernant l'accès aux marchés qui ont trait à la disponibilité du spectre*, S/GBT/W/3, 3 février 1997.

89. *Accord général sur le commerce des services*, art. XXIX.

90. *Id.*, par. 1.

91. T.L. McLARTY, *loc. cit.*, note 79, 6.

générales de l'AGCS, plus particulièrement celles qui sont relatives à la réglementation intérieure, aux monopoles et aux pratiques commerciales⁹², afin de s'assurer que l'accès au marché accordé par un Membre en vertu de ses engagements spécifiques ne serait pas frustré par un manque d'accès aux réseaux de télécommunications de ce Membre⁹³.

2.3.2.1 La portée et le champ d'application de l'Annexe

L'Annexe s'applique aux mesures des Membres « qui affectent l'accès et le recours aux réseaux et services publics de transport des télécommunications ». Comme dans le cas de l'*Annexe sur les services financiers*, l'emploi du terme « affectent » dénote l'intention de lui donner une large portée⁹⁴. Il est de plus précisé que chaque Membre fera en sorte que les obligations de l'Annexe soient appliquées, pour ce qui est des fournisseurs de réseaux et de services publics de transport des télécommunications, au moyen de toutes les mesures nécessaires⁹⁵. Il s'agit là d'une obligation de résultat obligeant les Membres à s'assurer du respect des disciplines de l'Annexe par leurs fournisseurs de tels réseaux et services, qu'ils soient contrôlés par l'État ou non et qu'ils détiennent un monopole ou non⁹⁶. Quant aux concepts de « service public de transport des télécommunications » et de « réseau public de transport des télécommunications », ils s'entendent, respectivement, de tout service de transport des télécommunications qu'un Membre oblige à offrir au public en général, et de l'infrastructure publique des télécommunications qui permet les télécommunications entre extrémités terminales définies du réseau⁹⁷. Le terme « public » a ici le sens de réseau ou de service offert au public et non, par exemple, de réseau contrôlé ou détenu par l'État⁹⁸.

Comme l'objet de l'Annexe est d'assurer un accès aux réseaux et aux services publics de transport des télécommunications, elle n'oblige pas un Membre à autoriser un fournisseur de services d'un autre Membre à établir,

92. *Accord général sur le commerce des services*, art. VI, VIII et IX.

93. Voir L. TUTHILL, « Users' Rights? The Multilateral Rules on Access to Telecommunications », (1996) 20 *Telecommunications Policy* 89, 91.

94. Voir *supra*, note 20, ainsi que le texte y étant relatif.

95. Annexe, note 1.

96. L. TUTHILL, *loc. cit.*, note 93, 91.

97. Annexe, par. 3(b) et 3(c); « télécommunications » signifie la transmission et la réception de signaux par tout moyen électromagnétique : Annexe, par. 3(a).

98. L. TUTHILL, *loc. cit.*, note 93, 94-95 ; cette interprétation est supportée par l'exclusion du paragraphe 2(c)(ii) de l'Annexe, qui se réfère aux réseaux ou services de transport des télécommunications qui ne sont pas offerts au public.

mettre en place, acquérir, louer, exploiter ou fournir des réseaux ou des services de transport des télécommunications au-delà de ce qui est prévu dans sa Liste d'engagements spécifiques⁹⁹. De même, elle n'oblige pas un Membre à établir ou mettre en place des réseaux ou des services de transport des télécommunications qui ne sont pas offerts au public¹⁰⁰.

Enfin, mentionnons dès à présent que l'obligation principale de l'Annexe, soit celle qui se rapporte à l'accès et au recours aux réseaux et aux services publics de transport des télécommunications, ne trouve application au regard d'un service particulier que lorsqu'un Membre a pris des engagements spécifiques en ce qui concerne ce service. Par exemple, un Membre n'aura l'obligation d'accorder l'accès à de tels réseaux ou services sur son territoire à un fournisseur transfrontières de services de gestion de fonds d'un autre Membre que dans la mesure où il a pris des engagements spécifiques quant à la fourniture transfrontières de ce type de services. Une telle approche s'explique par le fait que l'objectif poursuivi était d'assurer la fourniture effective de services conformément aux engagements spécifiques des Membres. Dans le cas où un Membre n'a pas pris d'engagements spécifiques, cette problématique ne se pose pas.

2.3.2.2 Les disciplines de l'Annexe

La discipline centrale de l'Annexe est contenue au paragraphe 5(a) de cette dernière. En effet, cette disposition prévoit que, dans la mesure où un Membre a pris un engagement spécifique au regard de la fourniture d'un service, il fera en sorte qu'un fournisseur d'un tel service d'un autre Membre se voie accorder l'accès aux réseaux et aux services publics de transport des télécommunications et la possibilité d'y recourir suivant des modalités et à des conditions raisonnables et non discriminatoires, ceci dans le but d'assurer la fourniture du service en cause. Les termes « non discriminatoires » désignent le traitement NPF ainsi que le traitement national tels que définis dans l'AGCS¹⁰¹.

99. Annexe, par. 2(c)(i).

100. *Id.*, par. 2(c)(ii).

101. *Supra*, note 2. Il est de plus précisé que l'expression « non discriminatoire » a le sens, propre au secteur, de modalités et conditions non moins favorables que celles qui sont accordées à tout autre utilisateur de réseaux ou services publics de transport des télécommunications dans des circonstances similaires. Cette dernière précision a pour effet d'empêcher toute discrimination à l'intérieur d'une même catégorie d'utilisateurs. L. TUTHILL, *loc. cit.*, note 93, 92.

Les paragraphes 5(b) à 5(f) de l'Annexe fournissent une liste non exhaustive de paramètres en application de l'obligation contenue au paragraphe 5(a). Ainsi, il est prévu qu'un Membre fera en sorte que les fournisseurs de services d'un autre Membre aient accès à tout réseau ou service public de transport des télécommunications offert à l'intérieur ou au-delà de ses frontières¹⁰², de même qu'ils puissent recourir aux réseaux et aux services publics de transport des télécommunications pour assurer le transport d'information à l'intérieur de ses frontières et au-delà et pour accéder à l'information contenue dans des bases de données ou autrement stockée sous forme exploitable par machine sur le territoire de tout Membre¹⁰³. Un Membre n'est toutefois généralement pas empêché de prendre des mesures nécessaires pour assurer la sécurité et la confidentialité des messages¹⁰⁴. Il est également prévu qu'un Membre fera en sorte que l'accès et le recours aux réseaux et aux services publics de transport des télécommunications ne soient subordonnés à aucune condition autre que celles qui sont nécessaires :

- 1) pour sauvegarder les responsabilités des fournisseurs de réseaux et services de transport de télécommunications, en tant que services publics, en particulier leur capacité de mettre leurs réseaux ou services à la disposition du public en général ;
- 2) pour protéger l'intégrité technique des réseaux ou des services publics de transport des télécommunications ;
- 3) pour faire en sorte que les fournisseurs de services d'un autre Membre ne fournissent des services que s'ils sont autorisés à le faire en vertu des engagements spécifiques du Membre¹⁰⁵.

Le test applicable est donc un test de nécessité. Ainsi, dans la mesure où il est possible pour un Membre d'atteindre les objectifs mentionnés plus haut sans prendre de mesures ayant pour effet de conditionner l'accès et le recours aux réseaux et aux services publics de transport des télécommunications, il ne doit pas adopter de telles mesures¹⁰⁶. Comme nous pouvons le voir, les paramètres énoncés dans l'Annexe reflètent un équilibre entre

102. Annexe, par. 5(b). Les paragraphes 5(b)(i) à 5(b)(iii) précisent davantage le contenu de cette obligation.

103. *Id.*, par. 5(c).

104. *Id.*, par. 5(d) ; cette disposition doit être mise en relation avec l'article XIV(c)(ii) de l'*Accord général sur le commerce des services*.

105. Annexe, par. 5(e) ; le paragraphe 5(f) contient des exemples de conditions pouvant être imposées, dans la mesure où elles remplissent les critères que nous venons d'énoncer.

106. En ce qui concerne le concept de « nécessité » dans le contexte de l'article XX du GATT, ORGANE D'APPEL, *Rapport. Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001, par. 164 et suiv.

ce que nous pourrions appeler les droits des utilisateurs, d'une part, et les droits des régulateurs, d'autre part.

Notons que les Membres en développement avaient la faculté d'inscrire dans leur Liste des conditions relatives à l'accès et au recours aux réseaux et aux services publics de transport des télécommunications. Ces conditions devaient être fonction du niveau de développement du Membre concerné et se conformer aux critères suivants : être raisonnables ; être nécessaires pour renforcer l'infrastructure nationale des télécommunications du Membre et sa capacité de fournir des services de télécommunications ainsi que pour accroître sa participation au commerce international de ces services¹⁰⁷.

En ce qui a trait aux autres disciplines de l'Annexe, elles se rapportent à la transparence¹⁰⁸, à la coopération technique, notamment avec les pays en développement¹⁰⁹, et aux rapports avec d'autres organisations et accords internationaux, notamment l'Union internationale des télécommunications¹¹⁰.

2.3.3 Le Document de référence

Dans la majorité des pays, le secteur des télécommunications a traditionnellement été desservi par des monopoles souvent contrôlés par l'État. Au cours des dernières années, toutefois, plusieurs pays, tels les États-Unis, le Canada et les pays membres de l'Union européenne, ont déréglementé et libéralisé ce secteur, c'est-à-dire qu'ils l'ont ouvert à la concurrence¹¹¹. Malgré cela, il faut reconnaître que, même lorsqu'un marché national des télécommunications est ouvert à la concurrence,

107. Annexe, par. 5(g).

108. *Id.*, par. 4. Cette disposition prévoit ce qui suit : « Dans l'application de l'article III de l'Accord, chaque Membre fera en sorte que les renseignements pertinents sur les conditions affectant l'accès et le recours aux réseaux et services publics de transport des télécommunications soient mis à la disposition du public, y compris en ce qui concerne : les tarifs et autres modalités et conditions du service ; les spécifications des interfaces techniques avec ces réseaux et services ; les renseignements sur les organismes responsables de l'élaboration et de l'adoption de normes affectant cet accès et ce recours ; les conditions à remplir pour le raccordement des équipements terminaux ou autres ; et les prescriptions en matière de notification, d'enregistrement ou d'octroi de licences, le cas échéant. »

109. *Id.*, par. 6.

110. *Id.*, par. 7.

111. Voir N. QUIST, « The WTO Agreement on Basic Telecommunications : Will European Union Telephone Service Finally Become Competitive ? », (1998) 4 *J. Int'l Legal Stud.* 133 et suiv.

l'entreprise ayant précédemment détenu un monopole continuera généralement d'avoir un rôle dominant, sinon fort significatif, au sein de ce marché. Ainsi, qu'un marché ait été libéralisé ou non, il y a danger de pratiques anticoncurrentielles de la part des fournisseurs nationaux de services de télécommunications, donc nécessité d'avoir en place des règles normatives visant à empêcher ou du moins limiter de telles pratiques. En effet, en l'absence de telles règles, les engagements pris par les Membres en matière d'accès à leur marché des télécommunications pourraient n'être qu'illusoire¹¹².

De telles règles ont été développées dans le cadre des négociations sur les services de télécommunications de base. Ces règles sont contenues dans un document intitulé *Document de référence*, lequel a été préparé par le Groupe de négociation sur les télécommunications de base¹¹³. À l'instar du *Mémoire d'accord concernant les engagements relatifs aux services financiers*, il s'agit là d'un document ne faisant pas partie intégrante de l'AGCS et n'ayant donc pas un caractère obligatoire en soi. La grande majorité des Membres ayant pris des engagements dans le cadre de l'entente de 1997 sur les services de télécommunications de base ont toutefois accepté de se soumettre aux obligations contenues dans le *Document de référence*¹¹⁴. Cela a généralement été fait en se référant au *Document de référence* dans la colonne sur les engagements additionnels de la Liste d'engagements spécifiques, conférant de ce fait aux obligations du *Document de référence* un caractère contraignant au même titre que les autres obligations de l'AGCS. Certains déplorent le fait que ces disciplines en matière de concurrence ne s'appliquent qu'au regard des services de télécommunications de base, par opposition à tout le secteur des télécommunications¹¹⁵. Soulignons toutefois qu'il s'agit là des premières disciplines contraignantes en matière de concurrence à être intégrées dans le contexte de l'OMC. À ce titre, l'élaboration du *Document de référence* et son acceptation par un nombre considérable de Membres constituent un développement positif et fort significatif.

112. L.B. SHERMAN, *loc. cit.*, note 84, 71.

113. Voir GROUPE DE NÉGOCIATION SUR LES TÉLÉCOMMUNICATIONS DE BASE, *Document de référence*, Genève, OMC, 24 avril 1996.

114. Voir M.C.E.J. BRONCKERS et P. LAROCHE, *loc. cit.*, note 81, 22. Aux pages 23 et suivantes, ces auteurs offrent une analyse fort détaillée des dispositions du *Document de référence*. Voir aussi, à cet égard, L.B. SHERMAN, *loc. cit.*, note 84, 71 et suiv.

115. M.C.E.J. BRONCKERS et P. LAROCHE, *loc. cit.*, note 81, 23- 25.

2.3.3.1 Les sauvegardes en matière de concurrence

La première obligation contenue dans le *Document de référence* a trait aux pratiques anticoncurrentielles. En effet, le paragraphe 1.1 énonce que « [d]es mesures appropriées seront appliquées en vue d'empêcher des fournisseurs qui, seuls ou ensemble, sont un fournisseur principal, d'adopter ou de maintenir des pratiques anticoncurrentielles ». Ces dernières peuvent notamment découler de la pratique du subventionnement croisé, de l'utilisation de renseignements obtenus auprès de concurrents ou du refus de mettre à la disposition d'autres fournisseurs de services les renseignements techniques sur les installations essentielles¹¹⁶ et les renseignements commercialement pertinents leur étant nécessaires pour fournir des services¹¹⁷.

La généralité de cette disposition lui confère évidemment une portée très large. Elle laisse le choix aux Membres d'appliquer les mesures qu'ils veulent, pourvu qu'elles servent l'objectif énoncé au paragraphe 1.1, c'est-à-dire empêcher des fournisseurs qui, seuls ou ensemble, sont un fournisseur principal d'adopter ou de maintenir des pratiques anticoncurrentielles¹¹⁸. Un fournisseur principal est défini comme un fournisseur qui a la capacité d'influer de manière importante sur les modalités de la participation (en ce qui concerne le prix et l'offre) sur un marché donné de services de télécommunications de base par suite soit du contrôle qu'il exerce sur des installations essentielles¹¹⁹, soit de l'utilisation de sa position sur le marché¹²⁰. L'obligation ne concerne donc que les pratiques de fournisseurs ayant une présence fort significative, sinon dominante, sur le marché¹²¹. S'agissant de fournisseurs monopolistiques ou de fournisseurs exclusifs de services, cette obligation s'ajoute à celle qui est contenue dans l'article VIII de l'AGCS.

116. Le concept d'installations essentielles désigne les installations d'un réseau ou service public de transport des télécommunications qui, d'une part, sont fournies exclusivement ou essentiellement par un seul fournisseur ou un nombre limité de fournisseurs et, d'autre part, qu'il n'est pas possible de remplacer d'un point de vue économique ou technique pour fournir un service : *Document de référence*, « Définitions ».

117. *Id.*, par. 1.2 ; notons que le *Document de référence* ne fournit qu'une liste non exhaustive de pratiques anticoncurrentielles aux termes du paragraphe 1.1.

118. Il semble qu'un Membre pourrait généralement s'acquitter de cette obligation en ayant en place une législation sur la concurrence contenant des dispositions générales visant à empêcher les pratiques anticoncurrentielles. En ce qui concerne toutefois les pratiques anticoncurrentielles spécifiques énoncées dans le *Document de référence*, il semble qu'elles devraient faire l'objet de dispositions particulières.

119. *Supra*, note 116.

120. *Document de référence*, « Définitions ».

121. Voir M.C.E.J. BRONCKERS et P. LAROCHE, *loc. cit.*, note 81, 24.

2.3.3.2 L'interconnexion

Le paragraphe 2 du *Document de référence* traite de l'interconnexion avec un fournisseur principal. De façon plus précise, il concerne les liaisons avec les fournisseurs de réseaux ou de services publics de transport des télécommunications permettant aux utilisateurs relevant d'un fournisseur de communiquer avec les utilisateurs relevant d'un autre fournisseur et d'avoir accès à des services fournis par un autre fournisseur. Le paragraphe 2 ne s'applique cependant que dans la mesure où un Membre a pris des engagements spécifiques en regard d'un service pertinent¹²².

L'obligation centrale pour un Membre est de faire en sorte que l'interconnexion avec un fournisseur principal¹²³ sera assurée à tout point du réseau où cela sera techniquement possible¹²⁴. L'interconnexion en question doit se faire :

- 1) suivant des modalités, à des conditions et à des tarifs non discriminatoires, et sa qualité ne doit pas être moins favorable que celle qui est prévue pour les services similaires du fournisseur principal ou pour les services similaires des fournisseurs de services non affiliés ou pour des filiales ou autres sociétés affiliées. Essentiellement, il s'agit ici d'une obligation de ne pas discriminer, tant d'un point de vue du traitement NPF que de celui du traitement national ;
- 2) en temps opportun, suivant des modalités, à des conditions et moyennant des taxes fondées sur les coûts qui sont transparentes, raisonnables et suffisamment détaillées pour que le fournisseur n'ait pas à payer pour des éléments ou installations du réseau dont il n'a pas besoin pour le service à fournir. Une approche que l'on pourrait qualifier « d'à la carte » devrait donc être possible ;
- 3) sur demande, à des points en plus des points de terminaison du réseau accessibles à la majorité des utilisateurs¹²⁵, moyennant des tarifs qui reflètent le coût de la construction des installations additionnelles nécessaires¹²⁶.

Il est également prévu que le public doit avoir accès aux procédures applicables pour une interconnexion avec un fournisseur principal, de même que ce dernier mette à la disposition du public ses accords d'inter-

122. *Document de référence*, par. 2.1.

123. *Supra*, note 120, ainsi que le texte y étant relatif.

124. *Document de référence*, par. 2.2.

125. Le concept d'utilisateurs désigne tant les consommateurs que les fournisseurs de services : *Document de référence*, « Définitions ».

126. *Id.*, par. 2.2.

connexion ou bien une offre d'interconnexion de référence¹²⁷. Un recours à un organe interne indépendant est enfin prévu pour régler, dans un délai raisonnable, les différends pouvant survenir avec un fournisseur principal concernant les modalités, conditions et taxes d'interconnexion qui n'auraient pas été établies au préalable¹²⁸. Cette disposition s'avérerait nécessaire pour couvrir une situation non couverte par l'article VI de l'AGCS, soit le recours à un organisme indépendant pour réviser une décision d'un fournisseur de services du secteur privé¹²⁹.

2.3.3.3 Le service universel et les ressources limitées

Le paragraphe 3 du *Document de référence* prévoit qu'un Membre est libre de déterminer le type d'obligation qu'il veut maintenir en matière de service universel. Il peut s'agir, par exemple, d'une obligation de maintenir un service minimal dans des régions éloignées des grands centres urbains. La discrétion laissée aux Membres à cet égard est toutefois encadrée. En effet, ces obligations doivent être administrées de manière transparente, non discriminatoire et neutre du point de vue de la concurrence. De même, elles ne doivent pas être plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour le type de service universel défini par le Membre visé. En cas de non-respect de ces conditions, les obligations du Membre pourraient être considérées comme anticoncurrentielles, donc contrevenant à l'obligation du paragraphe 1.1.

En ce qui a trait aux ressources dites limitées, par exemple les fréquences, le *Document de référence* prévoit que les procédures concernant leur attribution et leur utilisation seront mises en œuvre de manière

127. *Id.*, par. 2.3 et 2.4.

128. *Id.*, par. 2.5.

129. Cf. *Accord général sur le commerce des services*, art. VI:2. Cette disposition se lit comme suit :

2. (a) Chaque Membre maintiendra, ou instituera aussitôt que possible, des tribunaux ou des procédures judiciaires, arbitraux ou administratifs qui permettront, à la demande d'un fournisseur de services affecté, de réviser dans les moindres délais les décisions administratives affectant le commerce des services et, dans les cas où cela sera justifié, de prendre des mesures correctives appropriées. Dans les cas où ces procédures ne seront pas indépendantes de l'organisme chargé de prendre la décision administrative en question, le Membre fera en sorte qu'elles permettent en fait de procéder à une révision objective et impartiale.

(b) Les dispositions de l'alinéa a) ne seront pas interprétées comme obligeant un Membre à instituer de tels tribunaux ou procédures dans les cas où cela serait incompatible avec sa structure constitutionnelle ou la nature de son système juridique.

Voir L.B. SHERMAN, *loc. cit.*, note 84, 83.

objective, opportune, transparente et non discriminatoire. Les renseignements sur la situation courante des bandes de fréquences attribuées doivent être mis à la disposition du public, quoiqu'un Membre n'ait pas à indiquer de façon détaillée les fréquences attribuées pour des utilisations particulières relevant de l'État¹³⁰.

2.3.3.4 Les licences

Le *Document de référence* prévoit que, dans le cas où une licence est nécessaire, le public doit alors avoir accès à l'information relative aux critères applicables, au délai pour qu'une décision soit prise de même qu'aux modalités et conditions des licences individuelles¹³¹. En cas de refus d'une licence, les raisons justifiant ce refus doivent, sur demande, être communiquées au requérant.

Le *Document de référence* n'aborde donc pas les questions relatives au contenu des licences et aux circonstances dans lesquelles une licence devrait être accordée. Par exemple, il n'y a aucune limitation en ce qui a trait aux conditions imposées par un Membre pour l'obtention d'une licence. C'est l'article VI de l'AGCS qui trouve application à cet égard¹³².

130. *Document de référence*, par. 6.

131. *Id.*, par. 4.

132. *Cf. Accord général sur le commerce des services*, par 4 et 5, art.VI. Ces dispositions se lisent comme suit :

4. Afin de faire en sorte que les mesures en rapport avec les prescriptions et procédures en matière de qualifications, les normes techniques et les prescriptions en matière de licences ne constituent pas des obstacles non nécessaires au commerce des services, le Conseil du commerce des services élaborera, par l'intermédiaire des organismes appropriés qu'il pourra établir, toutes disciplines nécessaires. Ces disciplines viseront à faire en sorte que ces prescriptions, entre autres choses :

(a) soient fondées sur des critères objectifs et transparents, tels que la compétence et l'aptitude à fournir le service ;

(b) ne soient pas plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour assurer la qualité du service ;

(c) dans le cas des procédures de licences, ne constituent pas en soi une restriction à la fourniture du service.

5. (a) Dans les secteurs où un Membre aura contracté des engagements spécifiques en attendant l'entrée en vigueur des disciplines élaborées dans ces secteurs conformément au paragraphe 4, ledit Membre n'appliquera pas de prescriptions en matière de licences et de qualifications ni de normes techniques qui annulent ou compromettent ces engagements spécifiques, d'une manière :

(i) qui n'est pas conforme aux critères indiqués aux alinéas 4 a), b) ou c) ; et

(ii) à laquelle on n'aurait raisonnablement pas pu s'attendre de la part de ce Membre au moment où les engagements spécifiques dans ces secteurs ont été pris.

2.3.3.5 L'indépendance des organismes de réglementation

Considérant l'existence au sein de bien des marchés de fournisseurs monopolistiques ou d'anciens fournisseurs monopolistiques y ayant toujours une présence fort significative, sinon dominante, il est important de s'assurer que les organismes réglementant ces marchés sont indépendants de ces fournisseurs. C'est ce que prévoit le paragraphe 5 du *Document de référence*, qui stipule que l'organisme de réglementation d'un Membre doit être distinct de tout fournisseur de services de télécommunications de base et ne doit pas relever de celui-ci. Il est de plus précisé que les décisions d'un tel organisme, de même que sa procédure, doivent être impartiales à l'égard de tous les participants au sein du marché.

3 Le transport aérien

3.1 La Convention de Chicago de 1944 et le développement d'un système fondé sur le bilatéralisme

Le secteur du transport aérien est un autre secteur des services au regard duquel les résultats atteints lors du Cycle d'Uruguay se sont révélés fort limités. En effet, comme nous le verrons, les pays participant à ce cycle de négociations ne s'entendirent que pour inclure un certain nombre de services auxiliaires aux services de transport aérien au sein de l'AGCS. De plus, contrairement aux secteurs précédemment analysés, la poursuite de négociations dans ce secteur, en sus des négociations périodiques sur les services prévues à l'article XIX de l'AGCS, ne fut pas prévue, marquant ainsi la volonté ferme de ne pas intégrer à cet Accord, du moins pour l'instant, les services de transport aérien dans leur ensemble.

Pour comprendre la réticence des États quant à l'intégration de ce type de services au sein de l'AGCS, il faut se référer au contexte réglementaire actuel concernant ces services¹³³. À cet égard, il faut remonter à 1944, année

(b) Pour déterminer si un Membre se conforme à l'obligation énoncée au paragraphe 5 (a), on tiendra compte des normes internationales des organisations internationales compétentes [note infrapaginale omise] appliquées par ce Membre.

133. Voir, à cet égard, CONSEIL DU COMMERCE DES SERVICES, *Note d'information du Secrétariat : services de transport aérien*, SIC/W/59, 5 novembre 1998, par. 71 et suiv. ; R.I.R. ABEYRATNE, « Would Competition in Commercial Aviation Ever Fit into the World Trade Organization », (1996) 61 *J. Air Law & Commerce* 793, 795 et suiv. ; B. STOCKFISH, « Opening Closed Skies : The Prospects for Further Liberalization of Trade in International Air Transport Services », (1992) 57 *J. Air Law & Commerce* 599, 602 et suiv. ; SECRÉTARIAT DU GATT, *Commerce des services de transport*, MTN.GNS/W/60, 4 juillet 1989, par. 15 et suiv.

où la *Convention relative à l'aviation civile internationale* fut signée à Chicago (« Convention » ou « Convention de Chicago »¹³⁴). Cette dernière est entrée en vigueur le 4 avril 1947. Par cette convention, les États signataires mettaient en place, sur une base multilatérale, les assises de la future réglementation internationale dans le secteur du transport aérien. L'objet avoué de la Convention est que l'aviation civile internationale puisse se développer d'une manière sûre et ordonnée et que les services internationaux de transport aérien puissent être établis sur la base de l'égalité des chances et exploités d'une manière saine et économique¹³⁵. Bien que des tentatives aient été faites, tout particulièrement par les États-Unis, d'en arriver à un régime libéral où les forces du marché prédominent, soit une situation de libre-échange, le principe général finalement contenu dans la Convention est celui de la souveraineté complète et exclusive des États sur l'espace aérien au-dessus de leur territoire¹³⁶. De façon générale, les aéronefs d'un État ne peuvent donc avoir accès au marché d'un autre État, à moins que ce dernier ne le permette. Dans le cas, par exemple, des services aériens réguliers, la Convention prévoit qu'aucun tel service ne peut être exploité au-dessus ou à l'intérieur du territoire d'un État contractant, sauf permission spéciale ou autre autorisation de ce dernier et conformément aux conditions de cette permission ou autorisation¹³⁷. En ce qui concerne les services aériens non réguliers afférents au transport de passagers, de marchandises ou de courrier contre rémunération, la Convention prévoit que l'État où a lieu le débarquement est libre d'imposer les réglementations, conditions ou restrictions qu'il veut¹³⁸. Il est aussi explicitement prévu qu'un État contractant peut refuser un droit de cabotage aux aéronefs d'un autre État¹³⁹.

Considérant cette structure de base, chaque État a donc dû négocier l'accès au marché d'autres États sur une base bilatérale. Ainsi, les ententes bilatérales régissant le transport aérien entre États ont proliféré de façon considérable au fil des ans, au point d'atteindre maintenant le nombre

134. *Convention relative à l'aviation civile internationale*, 7 décembre 1944, 61 Stat. 1180, T.I.A.S. 1591, 15 U.N.T.S. 295.

135. *Id.*, Préambule, deuxième « considérant ».

136. Convention, art. 1 ; B. Stockfish, *loc. cit.*, note 133, 602-607.

137. Convention, art. 6.

138. *Id.*, art. 5.

139. *Id.*, art. 7 ; le cabotage constitue le transport de passagers, de courrier ou de marchandises d'un endroit à un autre sur le territoire d'un même État.

d'environ 4000¹⁴⁰. Par l'entremise de ces ententes, les États s'accordent des concessions fondées sur la réciprocité, donc qui ne sont pas, en règle générale, automatiquement étendues aux autres États.

Dans ce contexte, il est facile d'imaginer la difficulté d'intégrer à l'AGCS les services de transport aérien, c'est-à-dire de réconcilier le système actuel, de nature plutôt protectionniste et souvent discriminatoire, avec le système de l'OMC, de nature libérale et prônant la non-discrimination. L'application du traitement NPF dans ce secteur signifierait, par exemple, la mise au rancart du bilatéralisme et de l'octroi de concessions fondées sur la réciprocité. L'application du principe de l'accès au marché signifierait un virage à 180° par rapport à l'approche actuelle, fondée sur le principe de la souveraineté complète et exclusive des États sur leur espace aérien. Quant au principe du traitement national, son application voudrait dire notamment la fin des politiques souvent retenues par les États à l'effet de réserver le cabotage à leurs transporteurs nationaux¹⁴¹. Jusqu'à présent, il appert qu'une volonté suffisante pour effectuer de tels changements, soit intégrer les services de transport aérien dans leur ensemble au sein de l'AGCS, ne s'est pas manifestée¹⁴².

3.2 La couverture partielle du secteur du transport aérien au sein de l'AGCS : l'*Annexe sur les services de transport aérien*

Comme nous l'avons mentionné plus haut, les pays participant au Cycle d'Uruguay ne se sont entendus que pour intégrer à l'AGCS certains services auxiliaires aux services de transport aérien. Cette intégration partielle du secteur du transport aérien au sein de l'AGCS résulte de l'*Annexe sur les services de transport aérien*, (ci-après dans la section 3 « Annexe »), laquelle est un instrument juridique faisant partie intégrante de l'AGCS¹⁴³. Elle s'applique « aux mesures qui affectent le commerce des services de transport aérien, qu'ils soient réguliers ou non, et des services auxiliaires¹⁴⁴ ».

140. Source : ASSOCIATION SUR LE TRANSPORT AÉRIEN INTERNATIONAL, [En ligne], [<http://www.iata.org/>] (3 juin 2001) ; à cet égard, notons que les États-Unis et l'Angleterre tentent présentement de négocier une nouvelle entente bilatérale sur le transport aérien. Voir P. SPIEGEL, « US and UK Still Far Apart on Open Skies », *Financial Times*, 10 juin 2001, p. 12.

141. En ce qui concerne ce que différents États perçoivent comme des difficultés relatives à la réconciliation du système actuel avec des principes tels que le traitement national et le traitement NPF, voir : GROUPE DE TRAVAIL DES SERVICES DE TRANSPORT, *Services de transport aérien ; note sur la réunion des 5 et 6 juillet 1990*, MTN.GNS/TRANS/3, 8 août 1990.

142. Voir *infra*, notes 159 et 160, ainsi que le texte y étant relatif.

143. *Accord général sur le commerce des services*, art. XXIX.

144. *Id.*, par. 1.

Encore une fois, l'emploi du terme « affectent » indique que cette Annexe a une large portée¹⁴⁵. Cette portée est d'autant plus large que l'Annexe stipule expressément qu'elle s'applique au regard de tous les services de transport aérien et des services auxiliaires. Il est de plus précisé que les engagements pris ou les obligations assumées aux termes de l'AGCS ne réduisent pas ni n'affectent, les obligations découlant pour un Membre d'accords bilatéraux ou multilatéraux en vigueur au moment de l'entrée en vigueur de l'Accord instituant l'OMC, soit le 1^{er} janvier 1995¹⁴⁶. Cela concerne tout particulièrement la Convention de Chicago et les nombreuses ententes bilatérales auxquelles nous avons fait référence précédemment. Le principe de base est donc que le système actuel consacré par ces accords multilatéraux et bilatéraux demeure intact.

Précisant ensuite les types de services relatifs au transport aérien qui sont soumis aux disciplines de l'AGCS, l'Annexe prévoit que ce dernier, y compris les procédures de règlement des différends, ne s'applique pas aux mesures qui influent, d'une part, sur les droits de trafic, quelle que soit la façon dont ils ont été accordés, et, d'autre part, sur les services directement liés à l'exercice des droits de trafic¹⁴⁷. Le concept de « droits de trafic » s'entend du droit pour les services réguliers ou non de fonctionner et/ou de transporter des passagers, du fret et du courrier moyennant rémunération ou location en provenance, à destination, à l'intérieur ou au-dessus du territoire d'un Membre, y compris les points à desservir, les itinéraires à exploiter, les types de trafic à assurer, la capacité à fournir, les tarifs à appliquer et leurs conditions, et les critères de désignation des compagnies aériennes, dont des critères tels que le nombre, la propriété et le contrôle¹⁴⁸ ; il s'agit évidemment là de l'élément central en ce qui concerne les services de transport aérien. L'Annexe a donc essentiellement pour effet d'exclure du champ d'application de l'AGCS les droits de trafic et les services directement liés à l'exercice de ceux-ci. *A contrario*, et considérant que, de façon générale, l'AGCS s'applique au regard de tous les services¹⁴⁹, ce qui n'est pas exclu se trouve couvert par l'Accord.

145. Voir *supra*, note 20, ainsi que le texte y étant relatif.

146. Annexe, par. 1.

147. *Id.*, par. 2.

148. *Id.*, par. 6(d) ; concernant les obligations des États en regard des services réguliers ou non, voir les articles 5 et 6 de la Convention.

149. *Accord général sur le commerce des services*, art. I ; voir aussi ORGANE D'APPEL, *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, *op. cit.*, note 20, par. 220, où l'Organe d'appel, se référant notamment aux dispositions de l'article I de l'AGCS, a déterminé qu'« [a]bsolument rien dans ces dispositions ne donne à penser que l'AGCS a un champ d'application limité ».

Précisons que les services suivants, qui semblent être directement liés à l'exercice des droits de trafic, donc *a priori* exclus du champ d'application de l'AGCS, sont expressément assujettis aux disciplines de l'Accord : les services de réparation et de maintenance des aéronefs¹⁵⁰ ; la vente ou la commercialisation des services de transport aérien¹⁵¹ ; les services de systèmes informatisés de réservation¹⁵².

Lorsque l'AGCS s'applique au regard de services relatifs au transport aérien, un Membre a alors le droit d'avoir recours aux procédures de règlement des différends de cet Accord en cas de désaccord se rapportant aux obligations d'un autre Membre, par exemple aux termes des engagements spécifiques de ce dernier¹⁵³. De façon exceptionnelle, cependant, l'Annexe prévoit qu'un recours aux termes de l'AGCS ne peut être exercé qu'une fois épuisées les procédures applicables de règlement des différends contenues dans les accords multilatéraux et bilatéraux relatifs au transport aérien¹⁵⁴. La Convention de Chicago prévoit, par exemple, un recours devant le Conseil de l'Organisation de l'aviation civile internationale en cas de désaccord relatif à l'interprétation ou l'application de la Convention¹⁵⁵.

150. Il s'agit ici des activités de réparation et de maintenance des aéronefs lorsqu'elles sont effectuées sur un aéronef ou une partie de celui-ci qui est retiré du service, à l'exclusion de la maintenance dite en ligne. Annexe, par. 6(a) ; pour une discussion concernant ce type de services et les engagements pris à leur égard, voir CONSEIL DU COMMERCE DES SERVICES, *op. cit.*, note 133, par. 9-16, 41-45.

151. Il s'agit ici de la possibilité pour le transporteur aérien visé de vendre et de commercialiser librement ses services de transport aérien, y compris tous les aspects de la commercialisation tels que l'étude des marchés, la publicité et la distribution. Ces activités ne comprennent pas la tarification des services de transport aérien ni les conditions applicables. Annexe, par. 6(b) ; pour une discussion concernant ce type de services et les engagements pris à leur égard, voir CONSEIL DU COMMERCE DES SERVICES, *op. cit.*, note 133, par. 31-36, 46-50.

152. Ces services sont les services fournis par des systèmes informatisés contenant des renseignements au sujet des horaires des transporteurs aériens, des places disponibles, des tarifs et des règles de tarification, et par l'intermédiaire desquels des réservations peuvent être effectuées ou des billets délivrés. Annexe, par. 6(c) ; pour une description de la façon dont ces systèmes fonctionnent ainsi qu'une discussion des engagements pris à l'égard de ce type de services, voir CONSEIL DU COMMERCE DES SERVICES, *op. cit.*, note 133, par. 17-30, 51-55.

153. Cf. *Accord général sur le commerce des services*, art. XXIII.

154. Annexe, par. 4.

155. Convention, art. 84 ; sur cette question, voir R.I.R Abeyratine, « The Settlement of Commercial Aviation Disputes Under the General Agreement on Trade in Services and the ICAO Council — A Comparative Analysis », dans E.-U. PETERSMANN (dir.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Londres, Kluwer Law International, 1997, p. 404 et suiv.

La décision du Conseil peut faire l'objet d'un appel devant la Cour permanente de Justice internationale ou un tribunal d'arbitrage *ad hoc*¹⁵⁶. Il est également fréquent que les ententes bilatérales conclues entre États dans le secteur du transport aérien contiennent des dispositions relatives au règlement de différends référant ceux-ci au Conseil de l'Organisation de l'aviation civile internationale¹⁵⁷. Dans la mesure, donc, où un Membre a accès à une telle procédure de règlement des différends au regard d'un litige pouvant également faire l'objet d'un recours devant les instances arbitrales de l'OMC, ce Membre se voit obligé de tenter de régler le différend en vertu de ces procédures avant de pouvoir envisager de faire exécuter ses droits en vertu de l'AGCS. Cela semble somme toute conforme avec l'idée que l'AGCS n'influe pas sur les obligations découlant pour un Membre des accords multilatéraux et bilatéraux dans le secteur du transport aérien¹⁵⁸.

L'Annexe prévoit un examen périodique par le Conseil du commerce des services, au moins tous les cinq ans, concernant l'évolution de la situation dans le secteur du transport aérien et le fonctionnement de l'Annexe, ceci en vue d'envisager la possibilité d'appliquer plus largement l'AGCS dans ce secteur¹⁵⁹. Un premier examen a été entrepris par le Conseil¹⁶⁰. Toutefois, rien ne laisse entrevoir, à ce stade-ci, des changements majeurs dans un proche avenir.

Enfin, rappelons que, bien que la portée de l'AGCS au regard du transport aérien soit fort restreinte, d'autres disciplines, contenues celles-là dans l'AGTDC et les accords y afférents, peuvent trouver application en rapport avec ce secteur. Nous n'avons qu'à penser au commerce des aéronefs et aux disciplines sur les subventions¹⁶¹, ou encore au transport interne de marchandises et à l'obligation de traitement national¹⁶².

156. Convention, art. 84, 85.

157. R.I.R. ABEYRATNE, *loc. cit.*, note 155, 409.

158. Cf. Annexe, par. 1.

159. *Id.*, par. 5.

160. Voir : CONSEIL DU COMMERCE DES SERVICES, *Évolution de la situation dans le secteur des transports aériens depuis la conclusion du Cycle d'Uruguay (première partie)*, S/C/W/163, 3 août 2000 ; CONSEIL DU COMMERCE DES SERVICES, *Évolution de la situation dans le secteur des transports aériens depuis la conclusion du Cycle d'Uruguay (deuxième partie)*, S/C/W/163/Add.1, 25 octobre 2000 ; CONSEIL DU COMMERCE DES SERVICES, *Évolution de la situation dans le secteur des transports aériens depuis la conclusion du Cycle d'Uruguay (troisième partie)*, S/C/W/163/Add.2, 10 novembre 2000.

161. Cf. *Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, SECRÉTARIAT DU GATT, *op. cit.*, p. 279 et suiv.

162. Cf. GATT, art. III.

4 Le mouvement des personnes physiques

4.1 Les engagements limités en matière de mouvement des personnes physiques

La fourniture de services par des personnes physiques est un des quatre modes de fourniture de services couverts par l'AGCS. L'article I:2(d) de ce dernier le définit comme la fourniture d'un service par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à la présence de personnes physiques d'un Membre sur le territoire de tout autre Membre. À l'expiration de la période prévue pour les négociations du Cycle d'Uruguay, les engagements spécifiques concernant ce mode de fourniture de services étaient plutôt limités. Parmi les facteurs expliquant ce résultat, nous pouvons mentionner une réticence des pays développés à prendre des engagements au regard de ce mode de fourniture de services, lequel a, contrairement aux autres modes de fourniture de services, un lien direct avec les questions migratoires et de l'emploi¹⁶³. Parmi les pays demandeurs se trouvent les pays en développement comme l'Inde, lesquels peuvent être de moins grands utilisateurs des autres modes de fourniture de services, par exemple la présence commerciale au sein d'un autre marché.

Comme dans le cas des services financiers et des services de télécommunications de base, une décision fut donc prise à l'effet de prévoir une période additionnelle de négociations, devant se terminer six mois après l'entrée en vigueur de l'AGCS, afin d'accroître le niveau des engagements spécifiques pris au regard de ce mode de fourniture de services¹⁶⁴. Les engagements des Membres sont néanmoins demeurés limités à la suite de la conclusion de ces négociations au mois de juin 1995. La Liste des Membres ayant accepté de prendre des engagements additionnels a été annexée au *Troisième Protocole annexé à l'Accord général sur le commerce des services*, lequel est entré en vigueur le 30 juin 1996¹⁶⁵. De façon générale, l'approche suivie a été de ne pas consolider les engagements relatifs à ce mode de fourniture de services, tout en prévoyant certaines « exceptions » se rapportant généralement aux transferts intra compagnies, aux gens d'affaires et à certains types de professionnels¹⁶⁶.

163. Voir T. COTTIER, « The Impact of New Technologies on Multilateral Trade Regulation and Governance », (1996) 72 *Chicago-Kent Law Rev.* 415, 421.

164. *Décision sur les négociations sur le mouvement des personnes physiques*. Ce document se trouve dans SECRÉTARIAT DU GATT, *op. cit.*, p. 482.

165. *Troisième Protocole annexé à l'Accord général sur le commerce des services*, S/L/12, 24 juillet 1995.

166. Voir CONSEIL DU COMMERCE DES SERVICES, *Présence de personnes physiques (mode 4)*; note d'information du Secrétariat, S/C/W/75, 8 décembre 1998.

4.2 Les règles régissant le mouvement des personnes physiques

4.2.1 Les règles générales de l'AGCS

La fourniture de services par des personnes physiques étant un des modes de fourniture de services couverts par l'AGCS, les mesures des Membres affectant ce type de fourniture de services sont assujetties aux disciplines de l'AGCS¹⁶⁷. Ainsi, les disciplines relatives, par exemple, au traitement NPF et à la transparence s'appliquent¹⁶⁸. Notons que le concept de « personne physique », auquel se réfère ce mode de fourniture de services¹⁶⁹, comprend tant les ressortissants que les résidents permanents d'un Membre, dans ce dernier cas uniquement si le Membre n'a pas de ressortissants ou bien accorde à ses résidents permanents substantiellement le même traitement qu'à ses ressortissants¹⁷⁰. Les disciplines relatives à l'accès au marché et au traitement national s'appliquent dans la mesure des engagements spécifiques pris par les Membres, tel que discuté plus haut. Comme dans le cas des secteurs des services financiers et des télécommunications, il faut toutefois tenir compte de quelques règles particulières que les pays participant au Cycle d'Uruguay ont cru bon d'intégrer à l'AGCS.

4.2.2 L'Annexe sur le mouvement des personnes physiques fournissant des services relevant de l'Accord

L'Annexe sur le mouvement des personnes physiques fournissant des services relevant de l'Accord (ci-après dans la section 4 « Annexe ») est un instrument juridique faisant partie intégrante de l'AGCS¹⁷¹. Elle s'applique aux « mesures affectant les personnes physiques qui sont des fournisseurs de services d'un Membre de même qu'aux personnes physiques d'un Membre qui sont employées par un fournisseur de services d'un Membre, pour la fourniture d'un service pour lequel des engagements spécifiques en rapport avec l'admission et le séjour à titre temporaire de ces personnes physiques ont été contractés¹⁷² ». À nouveau, l'emploi du terme « affectant

167. *Accord général sur le commerce des services*, art. I:1 et I:2.

168. *Id.*, art. II et III. Évidemment, dans le cas de l'obligation de traitement NPF, cela est sujet aux exemptions NPF qu'un Membre a pu maintenir.

169. *Id.*, art. I:2(d).

170. *Id.*, art. XXVIII(k).

171. *Id.*, art. XXIX.

172. *Id.*, par. 1 ; l'Annexe s'applique donc tant aux individus fournissant des services à titre indépendant qu'aux individus qui agissent à titre d'employés d'un fournisseur de services.

tant » indique que l'Annexe a, *a priori*, une large portée¹⁷³. Elle ne trouve toutefois application que dans la mesure où un Membre a pris des engagements spécifiques à l'égard d'un service pertinent, ce qui, dans le contexte actuel où ces derniers sont plutôt limités, lui confère somme toute, du moins pour le moment, une portée limitée. Il faut souligner qu'en l'absence d'engagements spécifiques, les dispositions d'application générale de l'AGCS, par exemple celles relatives au traitement NPF et à la transparence, s'appliquent¹⁷⁴.

Il faut également noter la référence faite à l'admission et au séjour à titre temporaire. Cela est lié au fait que le paragraphe 2 de l'Annexe précise que l'AGCS ne s'applique pas aux mesures ayant trait à l'accès au marché d'un Membre, ni aux mesures concernant la citoyenneté, la résidence ou l'emploi à titre permanent. Il est donc clair que tout engagement spécifique pris par un Membre en vertu de l'AGCS ne concerne que l'admission ou un séjour à titre temporaire lié à la fourniture d'un service particulier. La fourniture du service doit évidemment s'effectuer suivant les modalités prévues dans la Liste d'un Membre, par exemple un séjour maximal de 90 jours pour les gens d'affaires ou de deux ans pour un cadre supérieur faisant l'objet d'un transfert intracompagnies¹⁷⁵.

Il est de plus précisé que la prise d'un engagement spécifique visant à autoriser l'admission ou le séjour temporaire d'une personne physique n'influe pas sur la capacité d'un Membre d'appliquer des mesures pour réglementer l'admission ou le séjour temporaire de cette personne, par exemple les mesures qui sont nécessaires pour protéger l'intégrité des frontières du Membre et assurer le passage ordonné de celles-ci par la personne physique autorisée à fournir un service particulier¹⁷⁶. Un Membre ne doit toutefois pas appliquer des mesures de ce type de manière telle qu'elles annulent ou compromettent les avantages découlant pour un autre Membre des modalités d'un engagement spécifique¹⁷⁷. Une note interprétative vient préciser que le seul fait pour un Membre d'exiger un visa pour les personnes physiques de certains Membres seulement ne doit pas être considéré comme annulant ou compromettant des avantages en vertu d'un engagement spécifique¹⁷⁸. Soulignons ici le manque de clarté de cette

173. Voir *supra*, note 20, ainsi que le texte y étant relatif.

174. À nouveau, dans le cas de l'obligation de traitement NPF, cela est évidemment sujet aux exemptions NPF qu'un Membre a pu maintenir.

175. Cf. Annexe, par. 3.

176. *Id.*, par. 4.

177. *Ibid.*

178. *Id.*, note 1.

disposition, qui précise que l'imposition d'un visa ne constitue pas une violation d'un engagement spécifique mais reste silencieuse quant à la question du traitement NPF. Il semble raisonnable de dire que l'imposition de visas fait partie des mesures qu'un Membre, nonobstant toute disposition de l'AGCS, par exemple l'obligation de traitement NPF, est autorisé à prendre pour réglementer l'admission ou le séjour temporaire de personnes physiques sur son territoire¹⁷⁹. Dans un tel cas, l'imposition d'un visa ne peut donner lieu à une violation de l'article II de l'AGCS. Toutefois, considérant que l'intention était vraisemblablement d'éliminer toute incertitude quant au statut des exigences en matière de visas, il aurait semblé préférable d'apporter une précision ne se limitant pas seulement à la question des engagements spécifiques¹⁸⁰.

Conclusion

Il ressort du présent article que les règles générales de l'AGCS ne sont parfois pas suffisantes ou considérées entièrement adéquates pour régir le commerce des services dans un secteur particulier. Dans certains cas, les règles générales doivent être complétées, précisées ou modifiées de façon à répondre à une problématique ou à des caractéristiques propres à un secteur donné. Ainsi, nous avons vu que, dans le secteur des services financiers, il a été nécessaire par exemple d'ajouter aux disciplines générales de l'AGCS afin de préserver la pleine capacité des Membres d'adopter des mesures prudentielles. Dans le secteur des télécommunications, il s'est avéré nécessaire de prévoir notamment certaines règles additionnelles concernant l'accès et le recours aux réseaux et services publics de transport des télécommunications, ceci afin de garantir l'intégrité des engagements spécifiques pris par les Membres. En ce qui a trait au mouvement des personnes physiques, les Membres ont tenu à préciser, *inter alia*, que l'AGCS n'affectait pas leurs mesures se rapportant à la citoyenneté, à la résidence et à l'emploi à titre permanent. Dans le cas du transport aérien, nous avons vu que les Membres ne semblent pas encore prêts à changer le système actuel, de nature plutôt protectionniste et discriminatoire, et à soumettre ce secteur dans son entier aux disciplines de l'AGCS. Il est fort probable que si une entente intervient à l'effet d'intégrer l'ensemble de ce secteur au sein de l'AGCS, la mise en place de règles additionnelles sera nécessaire. À l'instar du secteur des télécommunications de base, il pourrait s'agir, par exemple, de normes visant à empêcher les comportements anticoncurren-

179. Cf. Annexe, par. 4.

180. Voir CONSEIL DU COMMERCE DES SERVICES, *op. cit.*, note 166, par. 154.

tiels par des entités publiques ou privées de même qu'à assurer l'indépendance des organismes de réglementation nationaux. Les Membres n'en sont toutefois pas encore rendus à ce niveau de discussions dans ce secteur.

La nécessité ou l'utilité d'avoir des règles additionnelles dans le contexte de l'AGCS ne devrait pas surprendre. En effet, nous n'avons qu'à regarder du côté de l'AGTDC, lequel est maintenant complété par douze accords et six mémorandums, pour constater que cela ne constitue pas une situation exceptionnelle. Cela démontre tout simplement une approche pragmatique et évolutive s'exprimant à travers les cycles de négociations périodiques. Contrairement à l'AGTDC, l'AGCS ne constitue toutefois qu'un accord qui pourrait toujours être qualifié de nouveau. Il y a donc encore bien des problématiques à aborder dans plusieurs secteurs, lesquelles pourront éventuellement nécessiter, à l'instar des secteurs analysés dans le présent article, la mise en place de normes particulières. Soulignons que cela ne représente pas nécessairement une mince tâche puisque, contrairement au secteur des biens, l'assujettissement du commerce des services à des principes libéralisateurs tels que le traitement NPF et le traitement national constitue encore un phénomène somme toute nouveau et en développement. Ainsi, dans certains secteurs comme celui sur le transport aérien, la manière appropriée d'en arriver à une entente quant à leur assujettissement à de tels principes reste encore à développer. Les succès atteints dans le domaine des services financiers et des télécommunications de base s'avèrent cependant prometteurs à cet égard, puisqu'ils démontrent la capacité des Membres d'en venir à des ententes dans des secteurs considérés comme fort particuliers et uniques.

Par ailleurs, il ne serait pas surprenant que, dans le contexte des négociations sur les services qui ont débuté en 2000 ou d'autres cycles de négociations futurs, la nécessité ou l'utilité de règles particulières s'ajoutant à celles de l'AGCS se fasse sentir au regard de quelques secteurs précis. Nous n'avons qu'à penser, par exemple, aux secteurs de la culture et de l'éducation. Mis à part ici toute prise de position quant à savoir dans quelle mesure ces secteurs devraient être intégrés à l'AGCS, il convient de dire que, si entente il y a, les Membres pourraient juger nécessaire ou utile de compléter, de modifier ou de préciser les dispositions générales de l'Accord. Dans le cas de la culture, où les États-Unis prônent la libéralisation¹⁸¹, le Canada a par exemple déjà indiqué, à titre de position initiale dans

181. Voir CONSEIL DU COMMERCE DES SERVICES, *Communication des États-Unis ; services audiovisuels et services connexes*, S/CSS/W/21, 18 décembre 2000. Ce document énonce la position initiale des États-Unis dans ce secteur dans le contexte du présent cycle de négociations.

le cadre du présent cycle de négociations sur les services, qu'il « ne prendra aucun engagement qui limite sa capacité de réaliser ses objectifs en matière de politique culturelle, et ce, jusqu'à ce qu'un nouvel instrument international destiné expressément à préserver le droit des pays de promouvoir et de conserver leur diversité culturelle puisse être mis en place¹⁸² ». Un tel instrument juridique pourrait certes prendre la forme d'une annexe ou d'un mémorandum intégré à l'AGCS¹⁸³. Dans le cas de l'éducation, il est permis de penser que les Membres voudraient peut-être préciser la portée de l'article I :3(c) de l'AGCS (« service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental »), comme cela a été le cas dans le secteur des services financiers¹⁸⁴. En effet, les Membres pourraient être prêts à prendre des engagements au regard de services déjà fournis par le secteur privé, par exemple les cours de formation en matière de langues, à condition toutefois que cela n'influe pas sur l'intégrité des systèmes publics d'éducation pouvant exister dans plusieurs pays¹⁸⁵. Une des façons d'éviter l'incertitude à cet égard serait d'avoir une annexe ou un mémorandum venant clarifier la volonté des Membres à ce sujet. Des développements à cet égard ne se produiront pas avant que les demandes et offres initiales des Membres en matière d'engagements spécifiques, prévues respectivement pour juin 2002 et mars 2003, aient été soumises et donc que le processus de négociations ait effectivement démarré.

Mentionnons enfin que plusieurs dispositions de l'AGCS impliquent le développement et la mise en place de règles additionnelles et plus spécifiques au regard de questions particulières. Il en est ainsi des dispositions sur les mesures de sauvegarde d'urgence¹⁸⁶, les marchés publics¹⁸⁷, les

182. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Première proposition du Canada pour les négociations*, [En ligne], [http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/sk00095f.html.] (14 mars 2001).

183. Voir CONSEIL DU COMMERCE DES SERVICES, *op. cit.*, note 181, par. 10, où les États-Unis prennent notamment position en faveur d'un mémorandum qui permettrait d'accorder des subventions dans le domaine de la culture.

184. Cf. Annexe, sur les services financiers, par. 1(b) et 1(c); voir *supra*, section 1.3.2.

185. Voir la position américaine sur l'éducation dans CONSEIL DU COMMERCE DES SERVICES, *Communication des États-Unis : enseignement supérieur (du troisième degré), enseignement à l'intention des adultes et formation*, S/CSS/W/23, 18 décembre 2000. Les États-Unis proposent que les Membres prennent des engagements significatifs en matière d'enseignement supérieur du troisième degré (enseignement postsecondaire, enseignement à l'intention des adultes et de formation). Ils reconnaissent cependant que de tels engagements ne devraient pas influencer sur les systèmes publics d'éducation qui peuvent exister au sein de différents Membres. À cet égard, ils semblent ouvrir la porte à la possibilité d'ajouter des règles à l'AGCS, règles qui viendraient confirmer par exemple le rôle exercé par les États dans ce secteur.

186. *Accord général sur le commerce des services*, art. X.

187. *Id.*, art. XIII.

subventions¹⁸⁸ et la réglementation intérieure¹⁸⁹. Dans ce dernier cas, nous savons que des disciplines ont déjà été élaborées dans le secteur des services comptables et que celles-ci devraient normalement être formellement intégrées à l'AGCS, c'est-à-dire acquérir le statut d'obligations strictes, au plus tard à la fin du présent cycle de négociations sur les services, présentement prévue pour 2005¹⁹⁰. Cette intégration à l'AGCS devrait normalement prendre la forme d'une annexe à l'Accord.

188. *Id.*, art. XV.

189. *Id.*, art. VI:4.

190. *Décision sur les disciplines relatives au secteur des services comptables*, S/L/63, 15 décembre 1998, par. 2 ; *Disciplines relatives à la réglementation intérieure dans le secteur des services comptables*, S/L/64, 17 décembre 1998 ; pour une discussion concernant ces disciplines, voir É.H. LEROUX, « Investissement », dans *Annuaire canadien de droit international*, t. XXXVII, Vancouver, UBC Press, 1999, p. 311-315.